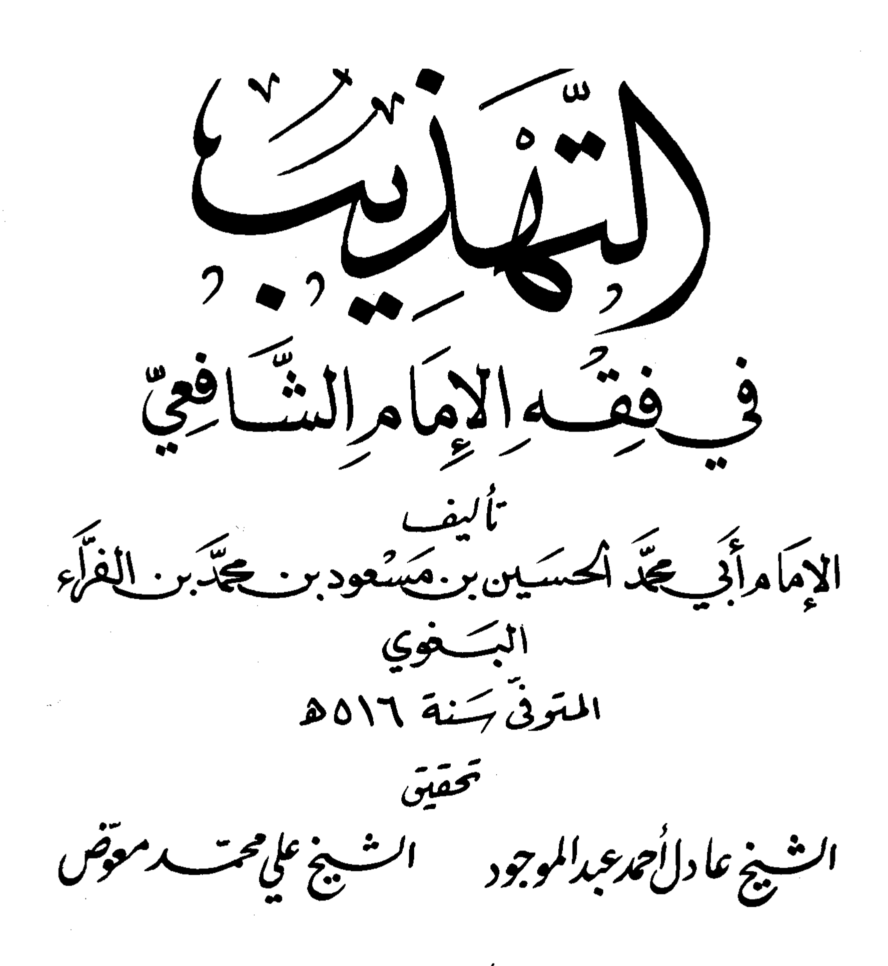


التهذيب

في فقه الإمام الشافعي

تأليف

الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء

البغوي

المتوفى سنة ٥١٦ هـ

تحقيق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود — الشيخ علي محمد معوض

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية

الفرائض - الوصايا - الوديعة - قسم الفيء - قسم الصدقات

النكاح - الصداق - الخلع

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ ٱلْفَرَائِضِ (١)

رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الله بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهَا النَّاسَ(٢)؛ فإِنِّي امْرُؤٌ مَقْبُوضٌ، وَإِنَّ الْعِلْمَ سَيُقْبَضُ، وَتَظْهَرُ الْفِتَنُ، حَتَّى يَخْتَلِفَ الاثْنَانِ في الْفَرِيضَةِ فَلاَ يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا»(٣).

إذا ماتَ الميتُ يُبدأ من ماله بكفنه، ومُؤْنَةِ تجهيزه؛ لأن المالَ ينتقل إلى الْوَارِثِ باستغناءِ الميِّتِ عنه.

والكفنَ والتَّجْهِيزَ لا يَسْتَغْنِي عنه الميتُ، فيقدم على الميراثِ من رَأْسِ المال، ثم يقضي

---

(١) الفرائض: جمع فريضة، وهي في الأصل: اسم مَصْدر من فرض، وافتَرَض، ويسمى البعير المأخوذ من الزكاة وفي الدية: فَرِيضة: فعيلة بمعنى مفعولة.

قال الجوهري: الفَرْضُ: ما أوجبه الله تعالى، سمي بذلك؛ لأن له مَعَالِمَ وحدوداً.

والفرض: العطية الموسومة، وفَرَضْتُ الرَّجُلَ، وأفرضته، إذا أَعْطَيْتَهُ، والفارض: والفَرْضِيُّ: الذي يعرف الفرائض، وفرض الله تعالى كذا، وافترضه، والاسم: الفَرِيضَةُ، وتسمى قسمة المواريث: فرائض.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفيةُ بأنه: الأَنْصِبَاءُ المُقَدَّرة المُسَمَّاة لأصحابها.

وعرَّفه الشافعية بأنه. نصيب مُقَدَّر شَرْعاً للوارث.

وعَرَّفَهُ المالكية بأنه: علم يعرف به من يرث، ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث.

وعرفه الحَنَابلة بأنه: علم قِسْمَةِ المواريث، وهي جمع ميراث، وهو المال المخلف عن الميت.

ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ٧٠٨، لسان العرب ٥/ ٣٣٨٧، مغني المحتاج ٣/ ٢، فتح الوهـاب ٢/ ٢ حاشية الدسوقي ٤/ ٤٥٦، أنيس الفقهاء ص ٣٠٠ ـ ٣٠١، المبدع ١/ ١١٣.

(٢) في د: للناس.

(٣) أخرجه النسائي في «الكبرى» (٤/ ٦٣ ـ ٦٤) كتاب الفرائض: باب الأمر بتعليم الفرائض رقم (٦٣٠٥، =

ديونه[١] من رَأْسِ مَالِهِ، ثم تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ من ثُلُثِهِ؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنَ﴾ [النساء: ١١].

= ٦٣٠٦) والحاكم (٤/ ٣٣٣) والدارمي (١/ ٨٣ ـ ٨٤) والدارقطني (٤/ ٨١ ـ ٨٢) من حديث ابن مسعود.

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٨) كتاب الفرائض: باب الحث على تعليم الفرائض حديث (٢٧١٩) والدارقطني (٤/ ٦٧) كتاب الفرائض حديث (١) والحاكم (٤/ ٣٣٢) والعقيلي في «الضعفاء» (١/ ٢٧١) وابن حبان في «المجروحين» (١/ ٢٥٥) وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٧٩١) والبيهقي (٦/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩) كتاب الفرائض: باب الحث على تعليم الفرائض، والخطيب في «تاريخه» (٣/ ٣١٩، ١٢/ ٩٠) وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١/ ١٢٨ ـ ١٢٩) رقم (١٩٧) كلهم من طريق حفص بن عمر بن أبي العطاف عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة به مرفوعاً.

وقال العقيلي في ترجمة حفص: لا يتابع عليه ولا يعرف إلا به.

وقال البيهقي: تفرد به حفص بن عمر وليس بالقوي.

وقال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ والمتهم به حفص بن عمر بن أبي العطاف قال البخاري: هو منكر الحديث رماه يحيى بن يحيى النيسابوري بالكذب وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به بحال.. اهـ.

ووهم الحاكم فقال: صحيح الإسناد.

وتعقبه الذهبي فقال: حفص واه بمرة.

والحديث ضعفه الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٩٢).

وتبعه البخاري في «المقاصد الحسنة» (ص ١٥٨) وللحديث طريق آخر عن أبي هريرة.

فأخرجه الترمذي (٤/ ٤١٣ ـ ٤١٤) كتاب الفرائض باب ما جاء في تعليم الفرائض حديث (٢٠٩١) من طريق محمد بن القاسم الأسدي ثنا الفضل بن دلهم ثنا عوف عن شهر بن حوشب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا القرآن والفرائض وعلموا الناس فإني مقبوض».

(١) الحقوق المتعلقة بالتركة وهي خمسة مرتبة. أولها ما تعلق بعين التركة. كالزكاة المتعلقة تعيين النصاب والنصاب باق فتقدم الزكاة ـ هذا وفي الحقيقة أن القدر الواجب ليس تركة لأنه نصيب الغير وهم الفقراء في حياته من جهة الوجوب ـ وإنما سموه تركة نظراً لجواز تأدية الزكاة من محل آخر. فلو تلف النصاب فالزكاة حينئذٍ من الديون المرسلة في الذمة ـ ومن هذا القسم النذر كأن يقول لله عليّ أن أضحي بهذا أو أتصدق فيقدم إخراجه للجهة المعينة. والظاهر خروج هذه الصورة عن هذا القسم لأنه يزول ملكه عنها بمجرد النذر حال الحياة ومنه السكنى للمعتدة عن وفاة فتقدم بها على غيرها من الحقوق الغير المتعلقة بعين التركة.

ومن هذا القسم المرهون ـ وصورته أن تكون التركة مرهونة بدين على الميت. فقضاء الدين لفك الرهن مقدم على سائر الحقوق الغير المتعلقة بعين التركة ـ وبعض العلماء جعل حجة الإسلام من هذا القسم ـ إذا مات واستقرت في ذمته لتعلقها بعين التركة حينئذٍ إلحاقاً لها بالمرهون فلا يصح تصرف الورثة في شيء منها حتى يفرغ الحاج من التحلل الثاني وإن بقيت واجبات آخر فإن الدم يقوم مقامها ولأنه يصح أن يقال حينئذٍ إن ذمة الميت برئت من الحج. أما قبل فراغه من التحلل الثاني فلا يجوز التصرف في شيء منها خيفة ألا يؤدي عن الميت فيدفع لغيره مال آخر لأداء الحج عنه. ومن الحقوق المتعلقة بعين التركة حق المجنى عليه بأن تقبل العبد نفساً ثم يموت سيده وأرش الجناية متعلق برقبته فالمجنى عليه مقدم بأقل =

ثم يُقَسَّمُ الباقي بين الْوَرَثَةِ، وكان النَّاسُ في ابتداء الإسلام يَتَوَارَثُونَ بالحِلْفِ والنُّصرة، فكان الرجلُ يحالف الرَّجُلَ، فيقول: دَمِيَ دَمُكَ، وَهَدْمِي هَدْمُكَ، تنصرني وأنصرك، تَرِثُنِي وَأَرِثُكَ، يَتَوَارَثُونَ به، ثم كانوا يتوارثون بالإسلام والهجرة، فكان القريبان المسلمان إذا هَاجَرَ

= الأمرين «أرش الجناية وقيمة العبد» فإن كان المجنى عليه حياً فالحق له وإلا فلورثته ـ هذا إذا كان قتلاً لا قصاص فيه أو فيه القصاص وعفي عنه ـ أما إن كان الواجب فيه القصاص ولم يعف عنه فيقتل العبد ـ وهذه الحقوق مقدمة على غيرها من الحقوق المتعلقة بغير عين التركة إذا وجدت مع غيرها فإن اجتمع بعضها مع بعض قدم منها الزكاة ثم حق الجناية ثم حق الرهن ثم حق بيع المفلس.

وجميع هذه الحقوق مقدم على مؤن التجهيز خلافاً للحنابلة رحمهم الله «الثاني» من الحقوق المتعلقة بالتركة ـ «مؤنة التجهيز بالمعروف» ـ بحيث تكون من غير إسراف ولا تقتير بقطع النظر عما كان عليه من إسراف وتقتير ولو كان الميت كافراً غير حربي ولا مرتد. أما هما فيحرم تجهيزهما بل يجوز إغراء الكلاب على حيفتيهما.

فكفن الميت وأجرة غسله وحمله والحفر لدفنه وحنوطه لغسله ونحو ذلك من تركته ومقدم على ما عدا الحقوق المتعلقة بعين التركة التي تقدم ذكرها.

فإن كان الميت فاقداً ما يجهز به فعلى من عليه نفقته في حياته فإن تعذر ففي بيت المال ـ وإلا ـ فعلى أغنياء المسلمين. والمراد بهم من يملك زيادة عن سنة مؤن التجهيز.

أما الزوجة فمؤن تجهيزها على زوجها الموسر ولو كانت غنية أو كان يساره عائداً إليه بسبب إرثه إياها.

والمطلقة رجعياً في حكم الزوجة وكذا المبانة إذا كانت حاملاً منه وضابط المعسر من لا تلزمه إلا نفقة المعسرين هذا مذهب الشافعية والحنفية وأما عند غيرهما فمؤن تجهيزها من تركتها ولو كان الزوج غنياً.

ووجه الأول ـ أن علاقة الزوجية باقية لأنه يرثها ويغسلها ـ وإنما قدمت مؤن التجهيز على الديون المرسلة في الذمة لأنهم قرروا أن الحيّ إذا حجر عليه بالإفلاس قدم ما يحتاجه على حقوق الغرماء ـ فكذا الميت ـ بل أولى ـ لأن الحي يسعى لنفسه ـ والميت قد انقطع عن سعيه.

الثالث، من الحقوق ـ الديون المرسلة في الذمة ـ فتقدم على الوصية وسميت مرسلة لأنها أرسلت أي أطلقت عن تعلقها بعين التركة ـ ويجب تقديم دين الله على دين الآدمي إذا مات ولم يؤدهما ثم ضاقت التركة عنهما لقوله ﷺ: «دين الله أحق بالقضاء».

أما قبل الموت فإن كان محجوراً عليه قدم دين الآدمي جزماً ولو اجتمع عليه ديون لله تعالى قدمت الزكاة إن كان النصاب موجوداً وإلاَّ فتستوي الحقوق ـ وإنما قدمت الديون المرسلة في الذمة على الوصية لأن تلك الديـون حق واجب على الميت فقضاؤه مقدم والوصية تبرع فلذا أخرت.

فإن أوصى لوارث وقفت الوصية على إجازة الورثة الباقين ولو كانت بأقل متمول. أما لو أوصى لأجنبي بالثلث فما دونه فوصية نافذة غير متوقفة على إجازة الورثة. فإن أوصى لأجنبي بزيادة على الثلث فتنفذ لكن تتوقف على إجازة الورثة بالنسبة للزائد إن كان له وارث خاص ـ أما إذا لم يكن له وارث خاص في هذه الصورة فوصيته باطلة فيما زاد صحيحة في الثلث لأن الحق للمسلمين ولا مجيز.

والخامس: الإرث بمعنى التصرف في التركة فإن المتأخر عن سائر الحقوق وإلا فالإرث بمعنى الاستحقاق لا يمنع الدين من ثبوته وانتقال الملك إلى الوارث.

ينظر نص كلام شيخنا وهبه إبراهيم في المواريث.

أحدُهما، ولم يهاجرِ، الآخرُ ـ لا يَتَوارَثَانِ، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَالَكُمْ مِنْ وَلاَيَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا﴾ [الأنفال: ٧٢].

فَصَارَ ذلك مَنْسُوخاً بقوله ـ عز وجل: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وكانت الوصيةُ واجبة للأقارب قبل نُزُولِ آية الميراث؛ قال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠] ثم نُسخت بآيةِ الميراثِ.

والذي استقرَّ عليه الأمرُ أن الأسبابَ التي يَتَوارَثُ بها ثلاثةٌ: نَسَبٌ، وَنِكَاحٌ، وَوَلاَءٌ.

يعني بالنَّسب: أن القرابةَ يرث بعضُهم من بعض.

وبالنِّكاحِ: أن أحدَ الزَّوجين يرثُ صاحبه.

وبالولاء: أن المعتِقَ يَرِثُ المعتَقَ، فأمَّا المُعْتَقُ فلا يرث المعتِقَ؛ لأن التَّوريثَ بمقابلة النِّعْمَة في الولاء، والنِّعْمَةُ للمعتِقِ على الْمعتَقِ.

والْوَارِثُونَ من الرِّجال عَشَرَةٌ: الابن، وابن الابن، وإن سَفَلَ.

والأب، والجد أبُ الأَبِ، وإن عَلاَ، والأخ، سواء كان من الأَبِ، والأمِّ أو من الأب، أو من الأم، وابن الأخ للأب والأم، أو للأب وإن سَفَل، والعم للأب والأم، أو للأب وإن علا، وابن العم للأب والأم، أو للأب، وإن سفل، والزوج والمُعْتِقُ وَكُلٌّ من أنفرد مِنْ هَؤُلاَءِ لا يجوز[1] جميعَ التَّركةِ إلاَّ الأَخَ للأمِّ، والزَّوْجَ.

والوارثاتُ من النِّسَاءِ سَبْعٌ.

البنتُ، وبنتُ الابن وإن سَفَلَتْ، والأمُّ، والجدةُ أمُّ الأمِ، أو أمُّ الأب وإن عَلَتْ، والأختُ، سواء كانت لأبٍ وأم، أو لأب، أو لأم.

والزوجة والمعتِقة.

وأحد من هؤلاء لا يجوز جَمِيعَ التَّرِكَةِ إلا المعتِقة.

وستة من هؤلاء لا يَرِدُ عليهم حَجْبُ الحِرمان من غيرهم؛ ثلاثة من الذُّكُورِ، وثلاث من الإِنَاثِ.

فمن الذُّكُورِ: الأَبُ، والابن، والزَّوْجُ.

ومن الإِنَاثِ: الأمُّ، والبنت، والزَّوْجَةُ.

---

(١) في د: يجوز.

والأسبابُ التي تَمْنَعُ الْمِيرَاثَ أَرْبَعَةٌ:

اختلافُ الدِّينِ والرِّقُّ، وَالْقَتْلُ، وعمى الموتِ.

يعني باختلاف الدين: أن الكافرَ لا يرثُ المسلمُ، ولا المسلمُ الكافرَ؛ لما روِي عن أسامة بن زيد؛ أن النبي ﷺ قال: «لاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافرَ والْكافِرُ[1] الْمُسْلِمَ[2]» فأما الكُفَّارُ

---

(١) في أ: والكافر.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥١٩) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الملل حديث (١) والبخاري (١٢/ ٥٠) كتاب الفرائض: باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم حديث (٦٧٦٤) ومسلم (٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض حديث (١/ ١٦١٤) وأبو داود (٣/ ٣٢٦) كتاب الفرائض: باب هل يرث المسلم الكافر حديث (٢٩٠٩) والترمذي (٤/ ٤٢٣) كتاب الفرائض: باب إبطال الميراث بين المسلم والكافر حديث (٢١٠٧) وابن ماجه (٢/ ٩١١) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك حديث (٢٧٢٩) والنسائي في «الكبرى» (٤/ ٨٠) كتاب الفرائض: باب في الموارثة بين المسلمين والمشركين حديث (٦٣٧١) والدارمي (٢/ ٣٧٠) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام وأحمد (٥/ ٢٠٠) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٨٣ ـ منحة) رقم (١٤٣٥) والحميدي (١/ ٢٤٨) رقم (٥٤١) وسعيد بن منصور في «سننه» (١/ ١٨٤) رقم (١٣٥، ١٣٦) وعبد الرزاق (٦/ ١٤) رقم (٩٨٥١، ٩٨٥٢) والشافعي في «مسنده» (٢/ ١٩٠) كتاب الفرائض حديث (٦٧٦) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ١٠٤) رقم (٣٨٦) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٥٣) وابن خزيمة في «صحيحه» (٤/ ٣٢٢ ـ ٣٢٣) رقم (٢٩٨٥) وابن حبان (٦٠١ ـ الإحسان) والطبراني في «الكبير» (١/ ١٢٧) رقم (٣٩١) وفي «الأوسط» رقم (٥١٠) والدارقطني (٤/ ٦٩) كتاب الفرائض: حديث (٧) والحاكم (٢/ ٢٤٠) والبيهقي (٦/ ٢١٧) كتاب الفرائض: باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، وأبو نعيم في «الحلية» (٣/ ١٤٤ ـ ١٤٥) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٧٨ ـ بتحقيقنا) وابن النجار في «ذيل تاريخ بغداد» (٢/ ٢٢٦) وابن عبد البر في «التمهيد» (٩/ ١٦٠) كلهم من طريق الزهري عن علي بن الحسين، عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ فذكره.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وزاد الحاكم في أوله: لا يتوارث أهل ملتين ولا يرث وقد اختلف في اسم عمرو بن عثمان هل هو عمرو بن عثمان أم عمر بن عثمان.

فالجماعة روته عن الزهري فقالوا عمرو بن عثمان وخالفهم مالك في الموطأ وتبعه ابن عبد البر فقالا عمر بن عثمان قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٩/ ١٦١ ـ ١٦٢): ومالك يقول فيه عن ابن شهاب عن علي بن حسين عن عمر بن عثمان عن أسامة وقد وافقه الشافعي ويحيى بن سعيد القطان على ذلك فقال هو عمر وأبى أن يرجع وقال: قد كان لعثمان ابن يقال له عمر وهذه داره ومالك لا يكاد يقاس به غيره حفظاً وإتقاناً لكن الغلط لا يسلم منه أحد وأهل الحديث يأبون أن يكون في هذا الإسناد إلا عمرو بالواو وقال علي بن المديني عن سفيان بن عيينة أنه قيل له إن مالكاً يقول في حديث لا يرث المسلم الكافر: عمر بن عثمان، فقال سفيان: لقد سمعته من الزهري كذا وكذا مرة وتفقدته منه فما قال إلا عمرو بن عثمان. اهـ.

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٥) رقم (١٦٣٥): سئل أبو زرعة عن حديث مالك عن الزهري عن علي بن حسين عن عمر بن عثمان عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر» قال

يرث بعضُهم من بَعْضٍ، وإن اختلفت مللهم؛ كاليهوديِّ من النَّصْرَانِيِّ، والنصرانيِّ مِنْهُ، ومن الْمَجُوسِيِّ والوثنيِّ؛ لأن الكفرَ كُلَّه، ملة[(١)] وَاحِدَةٌ[(٢)].

واختلافُ الأَدْيَانِ في الكفر؛ كاختلافِ المذاهب في الإسلام ـ لا يمنع التَّوَارُثَ.

والذِّمِّيُّ مع المعاهد، والحربي يَتَوَارَثَانِ.

وقال شريح، والزهري، والأوزاعي: لا توارث بين اليهودِ والنَّصَارَىٰ، ولا بين أهل مِلَّتَيْنِ مختلفتين.

= أبو زرعة: الرواة يقولون عمرو ومالك يقول: عمر بن عثمان قال أبو محمد أي ابن أبي حاتم أما الرواة الذين قالوا، عمرو بن عثمان وسفيان بـن عيينة ويونس بن يزيد عن الزهري.

(١) في د، أ: كملة.

(٢) لا نعلم خلافاً بين الفقهاء في أن المسلم يرث من مورثه المسلم، ما لم يكن ثم مانع من قتل، أو رق، أو نحوهما، كما أن الكافر يرث من الكافر، على خلاف في أن الكفر كله ملة واحدة، إرث الكافر من المسلم أو ملل مختلفة ـ وأيضاً اتفقوا على أن الكافر لا يرث من المسلم. وذلك الميراث يعتمد الولاية، ولا ولاية بين المسلم والكافر ـ أما ميراث المسلم من الكافر فجمهور الصحابة، والتابعين، والفقهاء على نفيه أيضاً في الجملة.

وقال معاذ، ومعاوية، والإمامية، وحكى ذلك عن محمد بن الحنفية، وابن المسيب، ومسروق، وإسحق: إنه يرث المسلم من الكافر الكتابي.

استدل معاذ، ومن معه ـ أولاً:ـ

بما روى يحيى بن يعمر قال: حدثني أبو الأسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال: «الإِسْلاَمُ يَزِيدُ وَلاَ يَنْقُصُ» وروي عن الأسود الدؤلي قال: كان معاذ بن جبل باليمن، فارتفعوا إليه في يهودي مات، وترك أخاه مسلماً، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الإِسْلاَمُ يزِيدُ وَلا يَنْقُصُ» رواه البيهقي في «السنن» عن معاذ، وهو حديث حسن. ورواه أحمد في «مسنده»، وأبو داود، ورواه الحاكم.

بما رواه أبو داود، وأخرجه الحاكم، وصححه عن رسول الله ﷺ: «الإِسْلاَم يَعْلُو وَلاَ يُعْلَى».

«ج» وما روي عنه «ص» أنه قال: «يَرِثُهُمْ وَلاَ يَرِثُونَا». دلت هذه الروايات الثلاثة على أن المسلم لعلو شأنه يستحق أن يكون زائداً عن الكافر. وذلك يقتضي أن يرث المسلم ممن خالفه في الملة، دون أن يرثه أهل الملل الأخرى؛ لأنه إذا لم يرث. وكان قبل أن يسلم مستحقاً للإرث من قريبه الكافر. كان إسلامه سبباً في انتقاص حقه وحرمانه من الميراث. ولخالف مضمون حديث من الإِسْلاَمُ يزِيْدُ وَلاَ يَنْقُصُ ونوقن: ـ بأن قوله ﷺ: «الإِسْلاَمُ يَزِيدُ وَلاَ يَنْقُصُ» يحتمل أن يكون معناه الإسلام يزيد بمن أسلم من المشركين، ولا ينقص بالمرتدين، لأنهم قليلون. أو يحتمل أن ملكهم يزيد بما يفتح من البلاد.

وهذا التأويل الذي سلكه المستدلون لا يُقْضَى به على النص والتوقيف؛ إذ القاعدة المعروفة أن يرد التأويل إلى المنصُوص، ويحمل على موافقة دون مخالفة وهناك احتمال ثالث في الحديث هو أن الرسول يريد أن من أسلم ترك على إسلامه. ومن خرج عن الإسلام رد إليه وإذا احتمل الحديث كل هذه الاحتمالات لا يثبت حجة؛ لكونه حينئذٍ يكون مشكوكاً فيه. ويكون محتاجاً في دلالة إلى غيره فيسقط الاحتجاج به.

=

. . . .

= مسروق: ما أحدث في الإسلام قضية أعجب من قضية قضاها معاوية قال: «كانَ يُورِّثُ المُسْلِمَ مِنَ اليَهُودِيِّ والنَّصرانِي. وَلاَ يُوَرِّثُ اليَهُودِيَّ وَالنَّصْرَانِيَّ مِنَ المُسْلِمِ». قال: فقضى بها أهل الشام.

قال داود: فلما قدم عمر بن عبد العزيز ردهم إلى الأمر الأول. فهذا صريح في أن الأمر الأول كان على عكس ما عليه معاوية. وهذا هو الموافق لمذهب الجمهور ـ أما رواية الإسلام يعلو. فنقول بموجبها لكن الإرث خارج عن عموم الحديث بما روي من النصوص. ويكون المراد أن الإسلام يعلو من حيث الحجة ـ أو من حيث القهر والغلبة، فيكون النصرة في العاقبة للمؤمنين:

وحديث نرثهم ولا يرثونا محتمل؛ لكونه أريد به المرتدين، بمعنى: أننا نرث المرتدين، ولا يرثونا جمعاً بين الإخبار ـ قال الشوكاني في هذه الرواية: إنها ليست من الرسول كما زعم في «البحر» بل هي من قول معاوية؛ كما روى ذلك ابن أبي شيبة.

واستدلوا ثانياً: ـ بالمعقول من وجهين:ـ

الوجه الأول: ـ أن أموال المشركين يجوز أن تصير إلى المسلمين قهراً، فأولى أن تصير إليهم إرثاً. ولا يجوز أن تصير أموال المسلمين إلى المشركين قهراً، فلم يجز أن تصير إليهم إرثاً ـ وأيضاً كما يجوز للمسلم أن ينكح الذمية، ولا يجوز للذمي أن ينكح المسلمة جاز مثل ذلك في الميراث.

ونوقن: بأن أخذ أموالهم قهراً لا يوجب الإرث منهم؛ لأن المسلم لا يرث الحربي، وإن كان له أن يغنم ماله؛ كما أن المسلم يرث الذمي على قولهم، ولا يحل له غنيمة ماله، فلذا لم يجز أن يعتبر أحدهما بالآخر.

والنكاح غير معتبر بالميراث، ألا ترى أن المسلم ينكح الحربية ولا يرثها. وقد ينكح العبد المرأة الحرة، ولكنه لايرثها فهو غير مطرد. ولو كان كذلك لكان الكافر يرث من المسلم؛ لأن المسلم يجوز له نكاح الكافرة. وليس ذلك صحيحاً.

قال في «المطلب» لابن الرفعة جـ٧. والفرق بين الإرث والنكاح أن التوارث مبني على الموالاة والنصرة، ولا موالاة بين المسلم والكافر بحال. والنكاح شرعاً سبباً للتوالد والتناسل مع أن فيه ضرباً من الأبعاض؛ لأنه يجعل الزوجة بعضاً لفضلاته، وكالمملوكة لحبسها عليه، وذلك لا ينافيه الكفر، بل يليق به، ولو كان الإرث مستحقاً بالنكاح لورث الذمي من الحربي؛ كما يجوز أن يتزوج المسلم بالحربية. فحيث لم يجز دل على افتراقهما.

أما الوجه الثاني من المعقول:ـ

أن الإرث يستحق بالسبب العام تارة. وبالسبب الخاص أخرى، ثم بالسبب العام يرث المسلم من الكافر، فإن الذمي الذي لا وارث له في دار الإسلام يرثه المسلمون. ولا يرث المسلم الكافر بالسبب العام بحال، فكذلك بالسبب الخاص.

والدليل عليه أن المرتد يرثه المسلم. ولا يرث المرتد من المسلم بحال. والمرتد كافر فيعتبر به غيره من الكفار.

ونوقن: بأن الإرث نوع ولاية: «إذ الوارث يخلف المورث في ماله ملكاً، ويداً، وتصرفاً». ومع اختلاف الدين لا تثبت الولاية لأحدهما على الآخر.

ألا ترى أنه لا تبقى الولاية بين من هاجر وبين من لم يهاجر، حتى كانت الهجرة فريضة. والسبب الخاص ـ كما لا يوجب الولاية للكافر على المسلم ـ لا يثبت للمسلم على الكافر ولاية التزويج بسبب =

. . . .

= القرابة. وولاية التصرف في المال. وبه فارق التوريث بالسبب العام، فإن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر؛ كولاية الشهادة، والسلطنة، ولا تثبت للكافر على المسلم بحال؛ فكذلك التوريث.

ثم هذا خلاف المرتد، لأن الإرث للمسلم من الكافر يستند إلى حال إسلامه، ولهذا يورث منه كسب إسلامه فقط، ولا يورث كسب ردته ومن هنا لا يرث المرتد مسلماً؛ لأنه لا يتحقق معنى الاستناد في جانبه. وقيل: إنه لا يرث عقوبة له على ردته كالقاتل.

واستدل الجمهور لمذهبهم ـ:

أولاً: ـ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾، دلت الآية على أن الولاية منتفية بين الكفار والمسلمين. فإن كان المراد بتلك الولاية الإرث ـ كانَ ذلك إشارة إلى منع التوارث بينهما، فلا يرث المسلمُ من الكافر.

وإن كان المراد مطلق الولاية ـ فقد عرف أن في الإرث معنى الولاية؛ لأن الوارث يخلف المورث في ماله كما سبق. ومع اختلاف الدين لا تثبت هذه الولاية لأحدهما على الآخر.

واستدلوا ثانياً:

بما رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي عن أسامة بن زيد، عن النبي ﷺ قال: «لاَ يَرِثُ الْكَافِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ، وَلاَ الْمُسْلِمُ مِنَ الْكَافِرِ» متفق عليه. وفي رواية: قال: يَا رَسُولَ الله، أَتَنْزِلُ غداً فِي دَارِكَ بِمَكَّةَ قَالَ: وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عُقَيْلٌ مِنْ رِبَاعٍ أَوْ دُورٍ، وَكَانَ عُقَيْلٌ وَرِثَ أَبَا طَالِبٍ هُوَ وَطَالِبُ، وَلَمْ يَرِثْ جَعْفَرٌ وَلاَ عَلِيٌّ شَيْئاً، لأَنَّهُمَا كَانَا مُسْلِمَيْنِ. وَكَانَ عُقَيْلٌ وَطَالِبُ كَافِرَيْنِ» أَخْرَجَاهُ ـ وجه الدلالة من الرواية الأولى ظاهر ومن الثانية أن الأمر كان في صدر الإسلام على عدم توريث المسلم من الكافر، وإلا لورث جعفر، وعلي لكنهما حرما من الميراث لإسلامهما، وبقي ذلك من غير تغيير.

بما رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وللترمذي مثله من حديث جابر، عن ابن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن عبد الله بن عمر، وقال: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «لاَ يَتَوَارَثْ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى» وروي هذا الحديث عن علي بن الحسين، عن عمرو بن عثمان، عن أسامة بن زيد بهذا اللفظ أيضاً.

وجه الدلالة: أن الحديث يقرر أن الإرث منقطع بين أهل الملل المختلفة، ولا شك أن ملة الإسلام تخالف ملة الكفر ـ فكان الميراث منقطعاً بينهما.

ونوقش الأول: بأنه خبر واحد لا يحتج به ـ وأجيب ـ بأنه وإن كان خبر آحاد، إلا أن الأمة تلقته بالقبول، واستعملوه في منع توريث المسلم من الكافر، والكافر من المسلم، فكان في حيز المتواتر، والمتواتر حجة بالاتفاق.

ثالثاً: من الآثار.

ما روى الزهري أنه كان لاَ يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمُ، وَلاَ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ فِي عَهْدِ رَسُول الله ﷺ، وَلا عَهْدَ أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم فلما ولي معاوية رحمه الله ورث المسلم من الكافر، وأخذ بذلك الخلفاء، حتى قام عمر بن عبد العزيز، فراجع السنة الأولى، ثم أخذ بذلك يزيد بن عبد الملك، فلما قام هشام بن عبد الملك أخذ بسنة الخلفاء ـ بين هذا الأثر مقدار شبه الإجماع الأول على عدم توريث المسلم من الكافر. ثم بين ما حدث بعد ذلك مما يدل على أن ما حدث كان مخالفاً لما كان عليه الأمر أولاً، ولا يعتمد عليه.

=

أما المُرْتَدُّ[١] فلا يرثُ أحداً؛ لا مسلماً، ولا كافراً أَصْلِيًّا، ولا مرتدًّا، ولا يرثه أحد؛ لا مسلم، ولا كافر، ولا مُرْتَدٌّ؛ لأنه لا يُدْلِي إلى أحد بِدِينٍ يقرُّ عليه.

وقال الثوري، وأبو حنيفة: يرث المسلمُ من المرتدِّ ما اكتسبه في الإسلام.

وقال ابنُ مسعودٍ: يرثُ المسلمُ منه جميعَ ماله؛ وهو قولُ الشَّعْبِيِّ، والأوزاعيِّ، وحديثُ أسامة حُجَّةٌ عليهم.

= ما روى مالك عن ابن شهاب، عن علي بن حسين، عن علي بن أبي طالب؛ أنه أخبره إنما وَرِث أبا طالب عقيل وطالب، ولم يرثه علي. فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب».

وجه الدلالة أنه لما كان علياً وجعفراً مسلمين قبل موت أبي طالب، وكان طالب، وعقيل على ملة أبي طالب - انفرد الأخيران بميراثه، فكان هذا أوضح دليل على عدم إرث المسلم من الكافر.

ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار؛ أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمة له يهودية، أو نصرانية توفيت، وأن محمد بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب، وقال له: من يرثها؟ قال له عمر: يَرِثُهَا أَهْلُ دِيْنها.

دل الأثر على أن التوارث إنما يكون بين أهل الدين المتحد لا المختلف، وذلك يقتضي عدم توريث المسلم من الكافر.

واستدلوا رابعاً بالمعقول.

وهو أن الولاية لما كانت منقطعة بين المسلم والكافر. وكذا انعدم العقل بينهما في الخبايات - كانت النصرة منعدمة بينهما، وإذ كان الميراث يبتني على ما سبق انتفى فيما بينهما.

وكذلك لما كان البعد بين المسلم والذميّ أعظم مما بين الذمي والحربي - والأخيران لا يتوارثان لبعد ما بينهما - فأولى ألاّ يتوارث الأولون.

ينظر أثر الاختلاف في الأحكام لشيخنا بدران أبو العينين وينظر: نيل الأوطار ٦/ ٦٣، المبسوط ٣٠/ ٣٠.

(١) إذا قتل المرتد أو مات على ردته فقد اختلف الفقهاء في إرث ورثته المسلمين لماله على الوجه الآتي:

ذهب الشافعي، وابن أبي ليلى، وأبو ثور، وأحمد بن حنبل، ومالك وداود بن علي، وعلقمة، وقتادة إلى عدم إرث ورثته المسلمين من تركة - واختلف هؤلاء فيما بينهم - فذهب الشافعي، وابن أبي ليلى، وأبو ثور، وابن حنبل إلى أن جميع ماله يكون فيئاً لبيت مال المسلمين ووافقهم مالك على ذلك. إلا في حالة واحدة هي ما إذا قصد المورّث المرتد حرمان ورثته من ماله فيرثوه في تلك الحالة عنده - وذهب داود بن عَلِي إلى أن ماله يكون لورثته الذين ارتد إليهم. وذهب علقمة، وقتادة إلى أن ماله ينتقل لأهل الدين الذين ارتد إليهم.

وذهب الحنفية، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وعطاء، وسفيان، والثوري، وزفر إلى إرث ورثة المسلمين من تركة.

وهؤلاء فريقان أيضاً - ذهب علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وابن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، والحسن وعطاء، والصاحبان من الحنفية إلى أن جميع ماله الذي كسبه في الإسلام وبعد ردته يكون موروثاً لورثته المسلمين. وذهب الإمام أبو حنيفة، وسفيان الثوري، وزفر إلى أن الذي يورث هو كسب إسلامه دون كسب ردته فإنه يكون فيئاً. =

= استدل القائلون بعدم إرث الورثة المسلمين :ـ

أولاً : ـ ما رواه البراء بن عازب قال مربي خالي أبو بردة ومعه الراية فقلت إلى أبيه تذهب فقال أرسلني رسول الله ﷺ إلى رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةَ أَبِيهِ أَنْ أَقْتُلَهُ وَآخُذُ مَالَهُ. دلت الرواية على أن مال المرتد فيء وليس لورثته. فإن إرسال الرسول الرجل لمن فعل فعلاً يخرجه عن الإسلام وأمره بقتله دليل على أنه ارتد بفعله.

ما روى معاوية بْنُ مُرَّة عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بعث جَدُّ مُعَاوِيَة إِلَى رَجُلٍ عَرَّسَ بِامْرَأةِ أَبِيهِ أَنْ يُضْرِبَ عُنُقَهُ وَيخمس مَالَهُ» وهذا يدل على أن مال ذلك الرجل كان مغنوماً بالمحاربة ولذلك أخذ منه الخمس.

ونوقن الحديثان :ـ

بأن الرسول ﷺ إنما فعل ذلك لأن كلا من الرجلين كان محارباً بسبب استحلاله لأمر محظور شرعاً فكان ماله مغنوماً. ودليل ذلك أن الراية إنما تعتمد للمحاربة لا لغيرها وإذا كان مغنوماً فلا حق لورثته والحالة هذه لكونه فيئاً.

واستدلوا ثانياً :ـ

بأن المرتد كافر بردته، والمسلم لا يرث الكافر للأدلة السابقة في بابها ـ ونوقن ؛ بالفرق بين المرتد والكافر فإن ملك المرتد فيما كسبه قبل الردة كان صحيحاً فلم تجز غنيمته أو لا تغنم أموال المسلمين لصحة ملكهم له. وإن جاز غنيمة ما كسبه بعد الردة لمحاربته الله والرسول فكان كالحربي. وبهذا يتبين أن مال المرتد غير مال الكافر. وكيف يكون مثله والمرتد غير مقر على ما انتقل إليه. ولا يحل التزوج بالمرتدة ولأكل ذبيحتها ولا كذلك الكافر.

واستدل القائلون بالإرث وهم الحنفية :ـ

أولاً : قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ﴾ وجه الدلالة أن صلة الرحم باقية بين المرتد وورثته فتكون سبباً في بقاء الميراث بينهما.

ثانياً : ـ الآثار :

فقد ورد عن كثير من الصحابة توريثهم الورثة المسلمين من المرتد روى زيد بن ثابت قال بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين» ـ وروى مثله عن ابن مسعود وإليه ذهب أكثر التابعين كسعيد بن المسيب، والحسن وروي عن علي بن أبي طالب أنه أتى بالمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الإسلام فأبى أن يسلم فضرب عنقه وجعل ميراثه لورثـة المسلمين. وروى ابن حزم من طريق المنهال عن معاوية الضرير عن الأعمش عن أبي عمرو الشيباني عن علي بن أبي طالب جعلوا ميراث المرتد لورثته من المسلمين. فدلت هذه الآثار على أن ورثة المرتد المسلمين أحق بتركته دون غيرهم إذ كانوا يرثونه في الصدر الأول.

واستدلوا ثالثاً : ـ

بأن المرتد بردته تنتقل أمواله عنه فلا بد أن تنتقل إلى ورثـة المسلمين كما لو انتقلت بالموت. خصوصاً وقد جاء نص المواريث عاماً لأن ظاهر قوله: «يُوْصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ» يقتضي توريث المسلم من المرتد إذا لم يفرق بين الميت المسلم وبين المرتد.

ونوقن : ـ بأن العموم في آية المواريث قد خص بحديث أسامة بن زيد. السابق «لاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ مِنَ الْكَافِرِ» كما خص توريث الكافر من المسلم وهو وإن كان من أخبار الآحاد إلا أن الأمة تلقته بالقبول واستعملته في منع توريث الكافر من المسلم فصار في حيز المتواتر لأن آية المواريث خاصة بالاتفاق. =

ويعني بالرِّقِّ[١] أن الرقيق لا يَرِثُ أحداً؛ لأنا لو ورثناه، كان مِلْكاً لسيده؛ لأن العبد لا مِلْكَ له، وَكَانَ منه توريثُ الأجنبيِّ، ولا يرثه أَحَدٌ، لأنه لا مِلْكَ له، سواء كان الرقيقُ قِنًّا، أو مدبَّراً، أو مُكَاتَباً، أو أمَّ وَلَدٍ له.

فأما مَنْ بعضُه حُرٌّ، وبعضُه رقيقٌ؛ فلا يَرِثُ؛ لأنا لو ورثناه كان بعضُه مِلْكاً لمولاه الأجنبيِّ، وهل يورث منه ببعضه[٢] الحرِّ؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو قولُه الْقَدِيمُ، لا يُورَثُ كَمَا لا يَرِثُ وقال في الجديد وهو الأصحُّ: يُورَثُ منه؛ لأن مِلْكَهُ تَامٌّ على ما في يَدِهِ.

فإن قلنا: لا يورث فما تَرَكَهُ لمن يكونُ؟ فيه وجهان:

= وإخبار الآحاد مقبولة في تخصيص مثلها.

وأجيب: بأن حديث أسامة المراد به إسقاط التوارث بين أهل الملتين وليست الردة بملة قائمة لأنه غير مقر عليها. وليس محكوماً عليه بحكم الملة التي انتقل إليها فلم يتناول الحديث محل النزاع.

ينظر: كلام شيخنا بدران أبو العينين في أثر الاختلاف في الأحكام.

(١) الرق ـ وهو لغة العبودية أو الضعف وفيه فلان رقيق القلب أي ضعيفه ـ وسرعا ـ عجز حكمي يقوم بالإنسان بسبب الكفر.

وإنما كان عجزاً حكمياً لأن الرقيق لا يملك لكثير مما يملكه الحر كالشهادة والقضاء ونحوهما ـ واعتبرنا أن عجزه حكمي لجواز كون الرقيق أقوى حساً من الحر في التصرف. لكن الشارع لما منعه من التصرف وحكم بعدم نفوذ تصرفه كان عجزه حكمياً. وقولنا يقوم بالإنسان ذكراً كان أو أنثى لبيان الواقع.

وقولنا بسبب الكفر ـ الإضافة للبيان أي بسبب هو الكفر، وهذا الرق حق الله ابتداء ثبت جزاء من الله على كفره. وذلك أن الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى واستكبروا جازاهم الله سبحانه بجعلهم عبيد عبيده. ومن أجل ذلك لا يثبت الرق على المسلم ابتداء. ثم جعله الله حقاً للعبد فجعل الرقيق ملكاً لغيره نظر إلى معنى الجزاء والعقوبة حتى أن يصير رقيقاً وإن أسلم واتقى.

وقولنا بسبب الكفر خرج به ما ليس بسبب الكفر بل بسبب عدم حسن التصرف كالصبا والجنون وهو مانع من الأرث فلا يرث الرقيق بجميع أنواعه. قنا كان أو مدبراً أو معلقاً عتقه بصفة. أو موصى بعتقه، أو أم ولد. أو مكاتباً. أو مبعضاً. وإنما كان الرق مانعاً لأنه لو ورث لكان لسيده والسيد قد يكون أجنبياً من الميت. ولا يورث الرقيق المذكور لأنه لا ملك له. أما المبعض فيورث عنه ما ملكه ببعض الحر عندنا ولا يورث كما لا يرث عند السادة المالكية والحنفية.

والدليل على أن الرق مانع من الأرث قوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ فلو ورث لصار قادراً ـ على شيء.

وقال ﷺ: «لا يملك العبد ولا المكاتب إلا الطلاق». وقال أيضاً: «لا يملك وإن ملك».

وأيضاً «فالرقيق مال مملوك فلا يكون مالكاً».

ينظر: نص كلام شيخنا: وهبه إبراهيم في المواريث.

(٢) في د: بنصفه.

أصحهما: يَكُونُ لِلسَّيِّدِ؛ لأن المانعَ من الإرْثِ مِلْكُهُ؛ فكان المالُ له.

والثاني: يَكُونُ لِبَيْتِ المالِ؛ لأن السَّيِّد أَخَذَ نَصِيبَهُ في الحياةِ.

وقال علي، وابن مسعود: مَنْ نِصفُهُ حُرٌّ، ونصفُه رَقِيقٌ ـ يرث، ويحجب بنصفه الحر فإن كان ابناً، فللزوجة مَعَهُ ثُمُنٌ، ونِصْفٌ، وللأم سُدُسٌ، ونصف.

ويعني بالقتل: أن الْقَاتِلَ لا يرثُ المقتول؛ لما رُوي عن ابن عباس؛ أن النبي ﷺ قال: «لاَ يَرِثُ الْقَاتِلُ شَيْئاً»[1].

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٤٢٥) كتاب الفرائض: باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل حديث (٢١٠٩) وابن ماجه (٢/ ٨٨٣) كتاب الديات: باب القاتل لا يرث حديث (٢٦٤٥) والدارقطني (٤/ ٩٦) كلهم من طريق إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.

وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح ولا يعرف إلا من هذا الوجه وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة تركه بعض أهل العلم. اهـ.

وإسحاق هذا قال البخاري: تركوه، وقال الفلاس وأبو حاتم وأبو زرعة: متروك الحديث، وقال ابن معين: ليس بشيء وقال في رواية: كذاب وقال الدارقطني والبرقاني: متروك.

ينظر التهذيب (١/ ٢٤٠ ـ ٢٤٢) والجرح والتعديل (٢/ ٢٢٧) وميزان الاعتدال (١/ ١٩٣ ـ ١٩٤).

وفي الباب عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمرو وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين.

حديث عمر.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٨٤) كتاب الديات: باب القاتل لا يرث حديث (٢٦٤٦) من طريق عمرو بن شعيب أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه فأخذ منه عمر مائة من الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة فقال: أين أخو المقتول؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس لقاتل ميراث» وأخرجه من هذا الطريق أيضاً مالك (٢/ ٨٦٧) كتاب العقول: باب ما جاء في ميراث العقلى والتغليظ فيه حديث (١٠) وعبد الرزاق (٩/ ٤٠١) رقم(١٧٧٧٨).

وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٣٤٠): هذا إسناد حسن للاختلاف في عمرو بن شعيب.

وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢٩): قال البيهقي في المعرفة وحديث عمرو بن شعيب عن عمر فيه انقطاع اهـ.

وللحديث طريق آخر.

أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٥) كتاب الفرائض: باب حديث (٨٣) من طريق محمد بن سليمان بن أبي داود ثنا عبد الله بن جعفر عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن عمر به.

بلفظ: ليس للقاتل ميراث.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢٩): وأعله ابن القطان في كتابه بأن سعيداً لم يسمع من عمر وأعله ابن الجوزي في «التحقيق» بمحمد بن سليمان هذا، قال أبو حاتم الرازي: متروك الحديث وأقره صاحب التنقيح عليه.

ـ حديث ابن عباس:

أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٦) كتاب الفرائض: حديث (٨٤) من طريق أبي حمة عن أبي قرة عن سفيان =

ولأنه قَصَدَ بالقتل اسْتِعْجَالَ الْمِيرَاثِ[1] فعوقب بحرمانه، سواء كان القتلُ عَمْداً، أو خطأً بالمباشرة أو بالتسبيب من مُكَلَّفٍ، أو غير مكلّفٍ، وسواءٌ كان موجباً لِلْقِصَاصِ، أو الدِّيَةِ، أو

= عن ليث عن طاوس عن ابن عباس به.

قال الزيلعي (٤/ ٣٢٩ ـ ٣٣٠): وأعله ابن القطان بأبي حمة وبالليث قال: وأبو حمة محمد بن يوسف وكنيته أبو يوسف قال: ولا أعرف حاله ولم أر من ذكره إلا ابن الجارود في كتاب الكنى ولم يذكر له حالاً انتهى وقال عبد الحق في أحكامه وأبو قرة هذا أظنه موسى بن طارق وكان لا بأس به وليث هو ابن أبي سليم وهو ضعيف الحديث اهـ.

(١) واختلف في القتل المانع من الإرث فعندنا معاشر الشافعية لا يرث من له مدخل في القتل ولو كان بحق كمقتص وإمام وقاص وجلاد بأمرهما أو أحدهما سواء أكان مباشراً أم متسبباً بالاختيار أم بالإكراه ـ لكنهم رجحوا في صورة من حفر بئراً في ملكه فقتل فيه مورثه. وكذا من وضع حجراً أو نصب ميزاباً في ملكه أو بنى حائطاً في ملكه فمات المورث بسببها ـ رجحوا في هذه الصور الإرث. . لأنه لم يتعد فيها. أما إذا تعدى بأن حفر بئراً في الطريق فإنه لا يرث إذا مات بها مورثه ـ هذا إذا كان التسبب قريباً. بخلاف ما إذا كان بعيداً كأن أحبل الزوج زوجته فماتت بالولادة فإنه يرث. وإن كان له تسبب في موتها بالأحبال ـ لكنه بعيد ـ ولأن الوطء من باب الاستمتاع. ومن شأنه ألا يتسبب إليه قتل.

هذا والقتل يشمل المقصود كما تقدم وغير المقصود كقتل النائم والمجنون والصبي غيرهم. فلا يرث واحد منهم من قتله.

وأما حديث «رفع القلم عن ثلاث ـ عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» فلا يرد علينا ـ لأن المرفوع هنا إنما هو قلم التكليف ولا تعلق له بالإرث.

وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال بإرث القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً لارتفاع القلم عنهما.

وعندنا لا إرث لمن له دخل في القتل سواء أقصد، مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب فيموت بسببه وربطه الجرح للمعالجة أم لا.

قال ﷺ: «ليس للقاتل من الميراث شيء» أي ليس لمن له مدخل في القتل شيء من الإرث.

وأما السادة الحنفية. فيقولون: إن القتل المانع من الإرث هو ما يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة. فالذي يوجب القصاص هو العمد.

وما يوجب الكفارة إما شبه العمد وإما الخطأ ـ وموجبهما الكفارة والدية على العاقلة ولا إثم فيه. ويحرم القاتل الميراث في هذه الصور كلها. هذا إذا كان القتل بغير حق ـ أما لو قتل مورثه قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه فلا يحرم الميراث ـ وكذا إذا تسبب في القتل ولم يباشره مطلقاً سواء أكان في تسببه متعدياً أم لا.

واعترض على الحنفية في قصر المانع على القتل الموجب للقصاص أو الكفارة. بما إذا قتل الأب ابنه عمداً فإن لم يثبت به قصاص ولا كفارة مع أنه محروم اتفاقاً وأجيب بأنه موجب للقصاص بحسب أصله إلا أنه سقط بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقتل الوالد بولده ولا السيد بعبده».

وعند السادة الحنابلة كل قتل مضمون بدية أو قصاص أو كفارة مانع وما لا فلا ـ أما القتل بحق فلا يمنع الميراث.

وعند السادة المالكية ـ يرث القاتل خطأ من المال دون الدية. ولا يرث القاتل عمداً وعدواناً.

ينظر نص كلام شيخنا وهبه إبراهيم في المواريث.

الكفارة، حتى لو رَمَىٰ إلى صَفِّ الكُفَّارِ سهماً في الجهادِ، ولم يعلم أنَّ فيهم مُسْلِماً، فأصاب مورثه المسلم ـ فَلا دية عليه، [وعليه الْكَفَّارة][(١)]، ويحرمُ الميراث.

أما المقتولُ قد يَرِثُ القاتل بأن خَرَجَ مورثه؛ فإن مَاتَ المجروحُ من تلك الْجِرَاحَةِ ـ لا يرثه الجارحُ؛ وإن مَاتَ الجارحُ أو لاَ يَرِثُهُ الْمَجْرُوحُ.

أما القتلُ الْمُبَاحُ فلا يَحْرِمُ الْمِيراثَ على ظاهر الْمَذْهَبِ، وهو أن يقتل مورثه قِصَاصاً، أو كان قاضياً فقتل مُورِّثَهُ في حدٍّ، أو قَطَعَ يدَهُ بِسَرِقَةٍ، أو جَلَدَهُ في حدٍّ، فمات منه، سواء ثبت القتلُ عليه بإقراره، أو ـ بِبَيِّنَةٍ قَامَتْ عليه.

وقيل: الكلُّ يمنعُ الميراثَ؛ لظاهر الخبرِ.

وإن كان قَتْلاً، لا يجوز قصدهُ؛ مثل إن قَتَلَ الصَّائِلَ على نفسه، أو على ماله في الدَّفْعِ؛ فَالدَّفْعُ مباح لا القتل، وهل يحرم الميراث؟ فيه قولان:

أشبههما بظاهر الحديث حِرْمَانُ الميراث، وكذلك الْعَادِلُ مع الباغي إذا قتل أحدهما صَاحِبَهُ في حال[(٢)] القتال: ففيه أقاويل:

أشْبَهُهَا بالحديث حِرْمَانُ الميراث.

والثاني: [لا يتوارثان][(٣)] وبه قال أبو حنيفة؛ لأنها متأولان.

والثالث: يَرِثُ الْعَادِلُ؛ لأنه مُحِقٌّ، ولا يرث الباغي، وعند أبي حنيفة: قتل الصبي والمجنون، والقتل بِالتَسَبُّبِ لا يوجب حِرْمَانَ الميراثِ، والحديث حجة عليه، ولأنه قَتْلُ مَضْمُونٌ، فيتعلَّق به حِرْمَانُ الميراثِ؛ كالبالغ يقتل مباشرة.

ويعني بعَمَى الموتِ: أن المتوارثيْنِ إذا عمى موتهما؛ بأن انْهَدَمَ عليهما [بَنَاءَ][(٤)] أو غرقا في ماء، أو [غابا فماتا][(٥)]، فلم يُدْرَ أَيُّهُمَا سبق موتُه ـ لا يرث[(٦)] أحدُهما من صَاحِبِهِ، بل ميرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ منهما لِوَرَثَتِهِ الأَحْيَاءِ، سواء احتمل موتهما مَعاً، أو تُيُقِّنَ سَبْقُ أحدهما، ولم يُعْرَفِ السَّابِقُ.

بيانه: أبٌ وابنٌ عمى موتهما، ولكلِّ واحد منهما بنْتٌ، يُجعل كأنَّ الأبَ مات عن بنْتٍ، وبنت ابن؛ فللبنت النِّصْفُ، ولبنت الابن السُّدُسُ، ويُجعل كأنَّ الابنَ مات عن بِنْتٍ وأخت؛ فللبنت النصف، والباقي لِلأُخْتِ، وإن عُرِف سبقُ موت أحدهما، ثم اشتبه ـ يوَقَفُ الميراثُ على الصَّحيح من المذهب.

---

(١) في د: ولا كفارة.
(٢) في د: خلال.
(٣) في د: يتوارثان.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: ماتا.
(٦) في د: يورث.

وَقِيلَ؛ يُقسم كما لو لم يُعرف.

وقال ابن مسعود في عمى الموت: يَرِثُ كُلٌّ واحدٍ من صاحبه، سواء ما ورث هو منه، ومن لا يَرِثُ بسببٍ من هَذِهِ الأسبابِ لا يَحْجُبُ الغيرَ عن الْمِيرَاثِ.

فصل في بيان الحجب

الحجب حجبان[1].

حجبُ حِرْمَانٍ.

وحجبُ نُقْصَانٍ.

---

(١) وهو لغة المنع وشرعاً منع شخص معين عن ميراثه أما كله أو بعضه بوجود شخص آخر.

والمراد بقولنا عن ميراثه ـ أن يقوم به سبب الإرث كالقرابة فيمنع عنه وقولنا ـ إما كله أو بعضه ـ (أو) فيه للتنويع لا للشك. فالأول حجب الحرمان والثاني حجب النقصان.

ولهذا المبحث شأن عظيم في الفرائض. فمن لم يعرف الحجب لا يعد عالماً بالفرائض ويحرم عليه أن يفتي فيها.

وهو في حد ذاته قسمان «١» حجب بالأوصاف وهي الموانع السابقة التي هي الرق والقتل.. الخ.

«ب» حجب بالأشخاص وهو المراد من عبارة الفرضيين عند إطلاقهم لفظ الحجب. وهذا على نوعين.

«١» حجب حرمان «٢» حجب نقصان.

والورثة في الحجب على ثلاثة أصناف.

«الأول» أن يكون كل من الحاجب والمحجوب عصبة. وفي هذه الحالة قد يكون الحجب حجب حرمان كما إذا كانا في جهة واحدة ولكن أحدهما أقرب درجة من الآخر فإن الأقرب يحجب الأبعد: وقد يكون حجب نقصان كالعصبتين المتساويتين في القرب كالابنين مثلاً. فإن كل واحد منهما ـ يحجب عن ميراث الكل إلى البعض بوجود الآخر.

«الثاني» إذا كان من أهل السهام. وفي هذه الحالة أيضاً يكون حجب حرمان ونقصان فالأول ـ كما إذا اجتمع أولاد الأم مع البنات وبنات الابن والثاني: كالأم مع البنات والأخوات. والأخت لأب مع الشقيقة.

«الثالث» إذا كان أحدهما عاصباً والآخر ذا فرض: ولا يخلو الحال من أن يكون الحاجب ذا سهم والمحجوب عصبة فيُحجب العصبة حينئذٍ حجب نقصان بذي السهم ـ كالبنت مع الابن والأخت مع الأخ فإنه لو لم تكن الأنثى لصار جميع المال للذكر. وبوجود الأنثى انتقص نصيبه.

أو يكون الحاجب عصبة والمحجوب ذا سهم. وفي هذه الحالة قد يكون الحجب حجب نقصان كما إذا ترك الميت أختين شقيقتين وأختين لأم. وأم فالمسألة في الأصل من ستة وتعول بسدسها إلى سبعة ويكون للأختين الثلثان.

«أربعة» من سبعة فلو ترك معهما أخاً شقيقاً لكان لهما معه ثلاثة من ستة.

وقد يكون حجب حرمان كبنت الابن مع الابن أو كأخ شقيق مع الأخت لأب.

واعلم أيها القارىء الكريم أن الحجب مبني على قاعدتين ـ:

. . . .

= إحداهما: أن كل من يدلي إلى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص كابن الابن فإنه لا يرث مع الابن وشرط حجب المدلي بالمدلى به أحد أمرين إِمَّا استحقاق المدلي به جميع التركة سواء اتحدا في سبب الإرث أم لا كما في الأب والجد والابن وابنه فإن الأب يدلى به الجد والابن يدلي به ابنه.. الخ وهما يستحقان جميع التركة وقد اتحدا أي المدلي والمدلى به في سبب الإرث: ومثال عدم اتحادهما في سبب الإرث أب وإخوة وأخوات فإن المدلى به لما أحرز جميع المال لم يسبق للمدلي شيء أصلاً. وقد اختلفت جهة الإرث في هذا المثال.

الشرط الثاني: اتحاد السبب إذا لم يستحق المدلى به الجميع كما في الأم وأم الأم. فإن المدلى به وهي الأم لما أخذت نصيبها بجهة الأمومة لم يبق للجدة شيء من النصيب الذي يستحق بتلك الجهة فليس لها نصيب آخر وصارت محرومة.

أما إذا اختلفا في السبب كما في الأم مع أولاد الأم فإن المدلى به وهي الأم تأخذ نصيبها المستند إلى سبب الأمومة كاملاً والمدلي وهو ولدها يأخذ نصيباً آخر مستنداً إلى سبب آخر وهي الإخوة مع كونها أي تلك الجهة لا تستحق جميع التركة لو انفردت.

«الثانية» ما تقدم في باب العصبات من أن التفضيل يكون بالجهة عند اختلافها فإن اتحدت واختلفت الدرجة فالأقرب درجة يحجب الأبعد عنه أما إن اتحدت الجهة والدرجة واختلفت القوة قدم الأقوى قرابة على الأضعف كما سبق.

وكما تتحقق هذه القاعدة في العصبات كذلك قد تجري في أصحاب الفروض فمثال التقديم في أصحاب القروض بالجهة.

تقديم البنت أو بنت الأبن على ولد الأم. ومثال التقديم بالقرب تقديم البنتين على بنتي الابن اللتين لم يعصبا.

ومثال التقديم بالقوة ـ تقديم الأختين الشقيقتين على أختين لأب لم يعصبا.

وقد تتحقق هذه القاعدة في أصحاب الفروض مع العصبات:

فمثال التقديم فيهم بالجهة: تقديم الأب أو الجد على الإخوة للأم ومثال التقديم بالقرب ـ تقديم ابن على بنت ابن.

ومثال التقديم بالقوة ـ تقديم الأخ الشقيق على الأخت للأب ولا يفوتنا أن تذكر حجب الأصول والفروع والحواشي توضيحاً للقاعدتين السابقتين فنقول:

الجد في جميع حالاته يحجب بالأب كذلك: لأن الجد انتسب إلى الميت بواسطة الأب، وكذلك يحجب كل جد قريب كلَّ جدٍّ بعيدٍ لإدلائه به أما الجدات فتحجب بالأم سواء أكانت الجدات من جهة الأم أم من جهة الأب. أما حجب الأولى بالأم فلأنها تدلي بها وأما حجب الثانية بها فلكون الأم أقرب من يرث بالأمومة. فإنها ترث بها بلا واسطة بخلاف الجدات فيرثن بها بواسطة: فالتي من جهة الأب ترث بالأمومة باعتبار كونها أم أب. والتي من جهة الأم ترث بالأمومة باعتبار كونها أمَّ أمٍّ:

روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال:

«أتت أبا بكر الجدةُ مع ابنتها فطلبت الميراث من بنتها فجلس أبو بكر على المنبر يشير كأنه يريد أن يشركها مع ابنتها فدخل العباس بن عبد المطلب وأبو بكر يقول تلك المقالة ـ فقال العباس ـ أحقهما التي باتت تقول على رأسه «آه. آه» فقال أبو بكر ـ صدقت ـ فورث بنتها وترك أم البنت التي هي جدة الميت.

. . . .

= والأم إذا حجبت الجدة من قبلها. حجبت الجدة من قبل الأب أيضاً لأنها مثلها. بل الجدة من قبل الأب أضعف حالاً من الجدة التي من قبل الأم ولهذا قدمت الثانية على الأولى في حق الحضانة.

وكما تحجب الجدات من جهة الأب بالأم. تحجب أيضاً بالأب وهو قول عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم رضي الله عنهم.

وتسقط الجدات الأبويات أيضاً بالجد إلا أم الأب وإن علت كأم أم الأب وهكذا فإنها ترث مع الجد لأنها ليست من قبله بل هي زوجة له مثلاً فترث مع الجد. كما أن الأم ترث مع الأب.

والجدة القربى من أي جهة تحجب البعدى من تلك الجهة سواء أكانت من قبل الأب أم من قبل الأم.

وحاصل أقسام الجدات باعتبار القرب والبعد أربعة:

إذ لا يخلو إما أن تكون القربى والبعدى من جهة الأم. كأم الأم مع أم أم الأم أو يكون كل منهما من جهة الأب كأم الأب مع أم أم الأب. أو القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم كأم الأب مع أم أم الأم. أو العكس كأم الأم مع أم أم الأب أو مع أم أبي الأب.

وحكم هذه الأقسام أن القربى من أي جهة تحجب البعدى من أي جهة لكن إذا كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم. فالأصح عند الشافعي رحمه الله أن الجدتين تقتسمان السدس بالسوية بينهما وهو مروي عن زيد بن ثابت في إحدى الروايتين عنه.

وإليه ذهب مالك رضي الله عنه. لأن الجدة إنما تستحق بالأمومة وهي في الجدة التي في جانبها الأم أظهر فإنها أم تدلي بأم بخلاف الأبوية فإنها أم تدلي بأب. فإذا كانت القربى من جهة الأم فلها رجحان بزيادة القرب وظهور صفة الأمومة معاً فكانت أولى.

أما إذا كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم كما هو الفرض فلإحداهما ظهور الصفة وللأخرى زيادة القرب فتستويان في استحقاق الإرث.

ويرى أبو حنيفة رضي الله عنه أن البعدى من جهة الأم تسقط بالقربى من جهة الأب وهو المغني به عند الحنابلة. وأحد القولين للشافعي واستدل الحنفية. بأن استحقاق الجدة باعتبار الأمومة وهي الأصلية ومعنى الأصلية في القربى أظهر وأقوى منه في البعدى سواء أكانتا من جهة واحدة أم من جهتين فتكون القربى مقدمة على البعدى مطلقاً.

ولو كان ظهور الأمومة موجباً للتقديم لكانت أم الأم مقدمة على أم الأب مع تساويهما في الدرجة مع أن تقديمها في تلك الصورة لم يقل به أحد.

ورد عليه بأن قوة المدلَى به في أم الأب قاوم ظهور الأمومة التي في أم الأم فتساويا حينئذٍ فلم تتقدم أم الأب عليها لعدم الترجيح ـ سواء في جميع ما تقدم أكانت القربى وارثة كأم الأب عند عدمه مع أم أم الأم وكأم الأم عند عدمها مع أم أم الأب ـ أم محجوبة كأم الأم عند وجودها فإنها محجوبة بها ومع ذلك تحجب أم أم الأب والجدة الوارثة هي من أدلت بمحصن الذكور كأم الأب وأم أبي الأب أو أدلت بمحصن الإناث كأم أم الأم أو بمحصن إناث إلى ذكور كأم أم أب كما تقدم شرحه.

وأما حجب الفروع فالابن يحجب ابن الابن وابن ابن الابن وإن نزل وابن الابن يحجب ابن ابن الابن وهكذا كل ابن ابن وبنت ابن نازلين بابن ابن أقرب منه.

وهو مبني على القاعدة الثانية المتقدمة.

أما حجب الإخوة. فهم يسقطون بالولد الذكر واحداً أو أكثر سواء أكان الإخوة أشقاء أم لأب أم لأم =

أما حجب الحرمان؛ فكما أن أقرب الْعَصَبَاتِ يُسقط الأَبْعَدَ، والأم تُسْقِطُ الجدَّات كلهن.

وأولاد الأم يَسْقُطُونَ بأربعةٍ: بالأبِ، والجدِّ، وإن علا، والولد، وولد الابنِ، وإن سَفَلَ.

وأولاد الأب والأم يسقطون بثلاثة: بالأب، وبالابن، وابن الابن، وإن سَفَلَ.

وأولاد الأب يسقطون بأربعة: بهؤلاء الثَّلَاثَةِ، وبالأخِ للأبِ والأمِّ.

وأما حجبُ النُّقْصَانِ؛ فكما أن الولد، وولد الابن يَرُدُّ الزَّوْجَ من النِّصف إلى الرُّبُع، ويرد الزوجةَ من الرُّبُعِ إلى الثُّمُنِ، ويرد الأمَّ من الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ، وكذلك الاثنانِ فصاعداً من

= ذكوراً كانوا أم إناثاً واحداً أم متعدداً. وولد الابن الذكر كالولد في حجب الإخوة سواء أكان ابن الابن واحداً أم أكثر.

وتسقط أيضاً الإخوة بالأب دون الجد فيقاسمونه كما سيأتي وإنما حُجبت الأخوة بالابن وابنه وبالأب لمفهوم معنى الكلالة فإنها هي من لم يترك ولداً ولا والداً. وقد ورد لفظ الكلالة في آيتين :-

الأولى: قوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة...﴾ الآية فهذه تفيده بمفهومها حجب الأخوة للأم بالولد والوالد.

وخص منها البنت فإنها لا تحجب الإخوة الأشقاء أو لأب ودليل التخصيص هنا ما ورد في السنة.

والثانية: قوله تعالى: ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة..﴾ الآية وهي تفيد بمفهومها أيضاً حجب الإخوة الأشقاء أو لأب بالابن والأب وابن الابن في الأولى ملحق بالابن. وكذا في الثانية ملحق به ودليله من السنة قوله ﷺ «فما بقى فلأول رجل ذكر» ولا شك أن كلا من الابن والأب وكذا ابن الابن أولى من الإخوة معلم أن الأشقاء يحجبون بالابن وابن الابن والأب.

والأخ لأب يحجب بهؤلاء الثلاثة وبالشقيق. وبالأخت الشقيقة صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن.

وابن الأخ الشقيق يحجب بهؤلاء وبالجد وبالأخ للأب وبالأخت للأب إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن - وابن الأخ للأب وخص من هذا البنت مع الأخت بالحديث فإنها عصبة.

يحجب بهؤلاء وبابن الأخ الشقيق.

والعم الشقيق يحجب بهؤلاء وبابن الأخ للأب.

والعم للأب يحجب بهؤلاء وبالعم الشقيق.

وابن العم الشقيق يحجب بهؤلاء وبالعم للأب.

وابن العم للأب يحجب بهؤلاء وبابن العم الشقيق.

والمولى المعتق ذكراً كان أو أنثى يحجب بهؤلاء وبابن العم للأب أما الأخ للأم وأخته فيحجبان بالابن وابن الابن والأب والبنت وبنت الابن والجد.

وبنت الابن فأكثر تحجب بالبنتين فأكثر ما لم يعصبها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها فترث. وبنت ابن الابن مع بنتي الابن كذلك وهكذا تحجب الأخوات للأب الواحدة والمتعددة بالشقيقتين فأكثر إذا لم يبق لهن من الثلثين شيء ما لم يكن معهن أخ لأب فيعصبهن ولا يعصب إلا من في درجته.

ينظر: نص كلام شيخنا: وهبه إبراهيم في المواريث.

الإخوة والأخوات من أيِّ جهةٍ كانوا، يردُّون الأم من الثلث إلى السُّدُس، ومن لا يرثِ لِسَببِ كُفْرٍ، أو رِقٍّ، أو قَتْلٍ ـ لا يَحْجُبُ الغير ـ عن الميراث.

ولو مات عن أَبَوَيْنِ وأَخَوَيْنِ ـ فالأخوَان لا يَرِثَانِ، ولكن يحجبان الأمَّ من الثلث إلى السدس. وكذلك لو مَاتَ عن جَدٍّ وأَخَوَيْنِ لأبٍ، وأم. فللأمِّ السُّدُسُ، والباقي للجدِّ.

فإن كان الأَخَوَانِ رَقِيقَيْنِ، أو قَاتِلَيْنِ، أو كَافِرَيْنِ ـ فلا يَحْجُبَانِ ـ فللأم الثُّلُثُ، والباقي للأب والجدِّ.

فَصْلٌ في بَيَانِ الفُرُوضِ

الفروضُ سِتَّةٌ: النِّصْفُ، والرُّبُع، والثُّمن، والثُّلُثَانِ، والثُّلُثُ، والسُّدُسُ.

أما النِّصْفُ: فَرضُ خمسةٍ: فرض الزوج، إذا لم يكن للزَّوْجَة الميتة وَلَدٌ، ولا ولدُ ابنٍ، وفرض البنت الواحدة للصُّلب، إذا لم يكن للميتِ ولد الصلب غيرها.

وفرضُ البنتِ الواحدةِ للابْنِ، إذا لم يكن لِلْميِّتِ وَلَدُ الصُّلب، ولا في درجتهما من أَوْلادِ الابن غيرها.

وفرض الأخت الواحدةِ للأب والأم.

وفرضُ الأختِ الْوَاحِدَةِ للأب، إذا لم يكن مَعَهَا غيرها، ولا من أولادِ الأب والأم أحَدٌ.

وأما الرُّبُعُ فَرضُ اثْنَيْنِ.

فرضُ الزوج إذا كان للزوجة الميتة ولد، أو ولد ابن.

وفرض الزَّوجة والزوجات الأربع، إذا لم يكن للزَّوْجِ الميتِ وَلَدٌ، ولا ولد ابن.

وأما الثُّمن، ففرضُ الزوجة والزوجات الأربع، إذا كان لِلْمَيِّتِ ولد أو ولدُ ابن.

والثُّلُثَانِ: فرضُ كُلِّ اثنين فصاعداً، ممن لو انفردت واحدةٌ منهن كان لها النِّصْفُ، ففي الحقيقة هو فَرْضُ أربعة.

فرض الْبِنْتَيْنِ للصُّلب فصاعداً.

وفرض البنتين للابن فصاعداً.

وفرض الأختين للأب والأم فصاعداً.

وفرض الأُخْتَيْنِ للأب فصاعداً.

وأما الثلث: ففرضُ ثلاثةٍ: فرضُ الأمِّ، إذا لم يكُن للميت ولد ولا ولد ابن، ولا اثنان من

الإخوة أو الأخوَات[١].

وفرضُ الاثنين فصاعداً من أوْلاَدِ الأم، ذكرهم وأنثاهم فيه سواء.

وفرض الْجَدِّ مع الإخوة، إذا لم يكن في المسألة صَاحِبُ فَرْضٍ، وكان الثُّلُثُ خيراً له من الْمُقَاسَمَةَ معهم.

أما السُّدُسُ: فرضُ سَبْعَةٍ.

فرضُ الأب إذا كان للميت ولد، أو ولد ابن.

وفرض الْجَدِّ إذا كان للميت ولد، أو ولد ابن، ومع الإخوة في بعض الأَحْوَالِ.

وفرض الأمِّ إذا كان للميتِ ولد أو ولد ابن، أو اثنان من الإِخْوَةِ أو الأخوات.

وفرض الْجَدَّةِ وَالْجَدَّاتِ.

وفرضُ الواحد من أولاد الأمِّ؛ ذكراً كان أو أنثى.

وفرض بنات الابن مع البنتِ الواحدةِ للصُّلْبِ تكملةً الثلثين.

وفرض الأَخَوَاتِ للأبِ مع الأُخْتِ الواحدة للأب والأم تكملةً الثُّلثين.

أما ثلث ما تبقى يأتي من ثلاثِ مسائل: في زوج وأبوين، وزوجة وأبوين، وفي مسائل الْجَدِّ.

بَابُ الْمَوَارِيثِ

قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]. إذا ماتت امرأةٌ ولها زوج، ولا ولد لها ولا ولد ابن - فَلِزَوْجِهَا النصفُ، وإن كان لها وَلَدٌ أو ولدُ ابن - فله الرُّبُعُ.

وإن مات رَجُلٌ وله زوجة، وليس له وَلَدٌ ولا ولد ابن - فلها الرُّبُعُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] فإن كان له ولد أو ولد ابن - فلها الثُّمن؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢] واسم الولد يَنْطَلِقُ على الولدِ، وولد الابن، وإذا كانت زَوْجَتَانِ أو أربعَ زَوْجَاتٍ - يَشْتَرِكْنَ في الرُّبع والثُّمن.

فَصل في ميراث الأولاد

قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَولاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَينِ﴾ [النساء: ١١] الابن يجوز جميع المال عند الانفراد، وللبنت الواحدة النِّصْفُ، وللبنتين فصاعداً الثُّلُثَانِ.

وإذا خلف بنين وبناتٍ - فالمالُ بينهم، لِلذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين، وإذا اجتمع أولادُ

---

(١) في د: والأخوات.

الابن مع ولد الصُّلْبِ ـ نُظر: إن كان في وَلَدِ الصُّلب ذكر ـ فلا شَيْءَ لأولادِ الابن، وإن لم يكن فيهم ذَكَرٌ؛ فإن كان ولد الصُّلْب بنْتاً واحدةً ـ فلها النِّصْفُ، ثم إن كان ولد الابن ذكراً ـ فالْبَاقِي له، وإن كانوا ذُكُوراً وإناثاً ـ فالباقي بينهم، للذكر مِثْلُ حَظِّ الأنثيين، سَوَاءٌ كانوا من أبٍ واحد أو من آباء.

وإن كان ولد الابن إناثاً ـ فَلَهُنَّ السُّدُسُ تكملة الثلثين، واحدةً كانت أو أكثر.

ولو خلف بنتاً وبنت ابن، وابن ابن ابن ـ فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، ولبنتِ الابن السُّدُسُ، والباقي لابن ابن الابن وإن سَفَلَ.

وإن كان وَلَدُ الصُّلب ابنتين فصاعداً ـ فلهنَّ الثُّلثان وإذا اسْتَوْفَتِ البناتُ الثُّلثين ـ فلا شيء لبنات الابن، إلاَّ أن يكون في دَرَجَتِهِنَّ أو أسفل منهن ذَكَرٌ فيعصِّبهن، ولا يعصّب من هي أسفل مِنْهُ، مثلُ: إنْ مات عن ٱبنتين وبنتِ ٱبن ـ فللبنتينِ الثُّلُثَانِ، ولا شيء لبنت الابن، فإن كان معها أو أسْفَلَ منها غُلَامٌ ـ فالباقي بينهما للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ. وأولاد الابن بِمَنْزِلَةِ أولاد الصُّلْبِ عند عدمهم، ومنزلةُ من هو أَسْفَلُ منهم معهم مَنْزِلَةَ وَلَدِ ٱلابْنِ مع ولد الصُّلْبِ.

مثل إن خلف بنت ابن، وبنت ابن ابن ـ فللبنت الابن النِّصْفُ، ولبنتِ ابْنِ الابنِ السُّدُسُ.

فَصْلٌ فِي مِيرَاثِ الإِخْوَةِ

قال الله تعالى: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] أولادُ الأب والأم في الْمِيراثِ بِمَنْزِلَةِ أولاد الصُّلْبِ، فالأخُ إذا انفرد له كُلُّ المال، وللأخت الواحدة النِّصْفُ، وللأختين فصاعداً الثُّلُثَانِ، وإن كانوا إخوةً رجالاً ونساء ـ فللذَّكر مِثْلُ حَظِّ الأنثيين، وأولادُ الأبِ مع أولاد الأب والأم بِمَنْزِلَةِ أولاد الابن مع ولد الصُّلب، فإن كان في ولد الأب والأم ذكر ـ فَلَا شَيْءَ لأولادِ الأبِ، وإن لم يكن فيهم ذكر؛ نظر: إن كان ولد الأب والأم أُختاً واحدة ـ فلها النصف، ثم إنْ كان ولدُ الأبِ أخاً ـ فالباقي له. وإن كانوا ذكوراً وإناثاً ـ فالباقي بينهم؛ للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين.

وإن كان ولد الأب إناثاً: واحدة أو أكثر ـ فلهنَّ السُّدُسُ تكملة الثلثين.

وإن كان ولد الأب والأم أختين فأكثر ـ فلهنَّ الثُّلثان، ولا شَيْءَ للأخوات للأب، إلا أن يكون مَعَهُنَّ ذَكَرٌ، فيكون الباقي بينهم؛ للذكر مِثْلُ حَظِّ الأنثيين.

وأولاد الأب. بمنزلة أولاد الأب والأم عند عَدَمِهِمْ، إلا في مسألة الْمُشَرَّكَةِ، وهي زوج، وأم، أو جدة وابنان من أولاد الأم، وأخ لأب وأم فأكثر، بعد أن يكونوا ذكوراً، [أو

ذكوراً][1] وإناثاً ـ فالمسألةُ من سِتَّةٍ: للزوج النِّصْفُ، وللأم أو الجدة السُّدُسُ، ولأولاد الأم الثُّلُثُ، ويشاركهم أولادُ الأَبِ والأم في ذلك الثُّلُثِ، فتقسم بينهم، فإخوة الأم ذكرهم وأنثاهم فيه سواء؛ وهو قول عثمان وابن مسعود، وإحدى الروايتين عن عمر وزيد.

وقال الثوري، وأبو حنيفة: لا شيء لأولادِ الأب والأم؛ وهو قول علي، وابن عباس.

وتسمى هذه المسألة الْحِمَارِيَّةِ؛ لأنه رُوي أن عمر كان لا يُوَرِّثُ أولادَ الأب والأم، فقالوا: هَبْ أن أبانا كان حِماراً، ألسنا بَنُو أم واحدة فَشَرَّكَهُم[2].

فإن كان مَكَانَ الإخوة للأب والأم إخوةٌ لأب ـ فلا شَيْء لهم بِالاتِّفَاقِ، وإن كان ولد الأم واحداً فله السُّدُسُ، والباقي للأخ للأب والأم، أو للأب، وَلاَ مُشَارَكَةَ، وإن كان ولدُ الأب والأم، أو ولد الأب إناثاً ـ يُفْرَضُ لهن، وتعول: المسألة بقدر فُرُوضِهِنَّ:

وللواحد من أولاد الأم السُّدُسُ، ذكراً كان أو أنثى، وَللاثنَيـنِ فصاعداً الثلث، ذكرهم وَأُنْثَاهُمْ فِيه سواء؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَو أُختٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢]. وكان ابن مسعود يقرأ: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُختٌ مِنَ الأُمِّ﴾.

الأَخَوَاتُ للأَبِ والأم، أو للأب مع البنات وبنات الابن ـ عَصَبَاتٌ، حتى لو مات وخلف بنتاً، وأختاً لأب وأم، أو لأب ـ فللبنتِ النِّصْفُ، والباقي للأُخْتِ.

ولو مات عن بنتين وأخت. فَلِلْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَانِ، والباقي للأختِ.

ولو مات عن بنت، وبنت ابن، وأخت ـ فللبنتِ النِّصْفُ، ولبنت الابن السُّدُسُ تكملة الثُّلثين، والباقي ـ للأُخْتِ. والدليل عليه ما رُوي عن هُذَيْلَ[3] بن شُرَحْبِيل قال: سُئِل أبو موسى عن بنت، وبنت ابن، وأخت، فقال: للبنتِ النِّصْفُ، وللأَخْتِ النِّصْفُ، وَأْتِ ابن مسعود فَسَيُتَابِعُنِي.

فَسُئِلَ ابنُ مسعودٍ، وأُخبر بقول أبي موسى، فقال: لقد ضَلَلْتُ إذن[4] وَمَا أَنَا من المهتَدِينَ، أَقْضِي فيها بما قَضَىٰ النبيُّ ﷺ: لِلْبنتِ النِّصْفُ، ولِبِنْتِ الابنِ السُّدُسُ تَكمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ، وَمَا بَقِيَ فَلِلأُخْتِ».

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٥٦) والحاكم (٤/ ٣٣٧).

(٣) قيل هُذَيْلُ بالذال، وقيل هُزَيْلُ بالزاي فاعرفه.

(٤) قد ضللت إذن:

ضلّ الرجل عن الطريق: إذا لم يعرفه، ولم يهتد له فهو ضالّ.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٢٠).

فأتينا أبا موسى، فَأَخْبَرْنَاهُ بقول ابن مسعود، فقال: «لا تسألُوني ما دام هذا الْحَبْرُ فِيكُمْ»(١).

فإن كان مع البنت أُخْتٌ لأب وأم، وأختٌ لأب - فَالْبَاقِي بعد نَصِيبِ(٢) البنت [لِلأُخْتِ](٣) للأب والأم، ولا شَيْء للأخت للأب؛ كما لو كان له أَخٌ لأب وأم، وأخ لأب - كان الْبَاقِي [للأخ](٤) للأب والأم.

وأربعة من الذُّكُورِ يُعَصِّبُونَ الإناثَ: ابنُ الصُّلْبِ يُعَصِّبُ الْبِنْتَ؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ..﴾ [النساء: ١١].

وابن الابن وإن سَفَلَ يُعَصِّبُ مَنْ في دَرَجَتِهِ من الإناث بكل حَالٍ، وإن كانت ابنة عمه، وَيُعَصِّبُ مَنْ فوقه إذا لم تَأْخُذْ من الثُّلثين شَيْئاً.

والأخ للأب والأم يُعَصِّبُ أُخْتَهُ، والأخ للأب يُعَصِّبُ الأُخْتَ للأب؛ فَيُجْعَلُ المالُ بينهم للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ..﴾ [النساء: ١٧٦].

فَصْلٌ فِي «مِيرَاثِ الآبَاءِ»

قال الله تعالى: ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ...﴾ [النساء: ١٢].

الأبُ إذا انفرد حَازَ جميعَ المال، فإن كان للميِّتِ وَلَدٌ - فللأب السُّدُسُ، ثم إن كان الولد ذكراً فالباقي له، وإن كان أنثى أَخَذَتْ فَرْضَهَا، والباقي للأب، وإنما فَرَضْنَا له السُّدُسَ مع البنت؛ لقوله تعالى: ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء:

---

(١) أخرجه البخاري (١٢/ ١٧) كتاب الفرائض: باب ميراث ابنة ابن مع ابنة حديث (٦٧٣٦) وأحمد (١/ ٣٨٩) وأبو داود (٣/ ٣١٢) كتاب الفرائض: باب ميراث الصلب حديث (٢٨٩٠) والترمذي (٤/ ٤١٥) كتاب الفرائض: باب ميراث ابنة الابن مع ابنه الصلب حديث (٢٠٩٣) وابن ماجة (٢/ ٩٠٩) كتاب الفرائض: باب فرائض الصلب حديث (٢٧٢١) والبيهقي (٦/ ٢٣٠) والدارمي (٢/ ٣٤٨) كتاب الفرائض: باب في بنت وابنة ابن وأخت والطيالسي (١/ ٢٨٤ - منحة) رقم (١٤٤٠) وأبو يعلى (٩/ ٤٤ - ٤٥) رقم (٥١٠٨) والبيهقي (٦/ ٢٣٠) كتاب الفرائض: باب فرض ابنه الابن مع ابنه الصلب، والبغوي في شرح السنة (٤/ ٤٥٤ - بتحقيقنا) من طريق هزيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى وذكره.

(٢) في د: نصف.

(٣) سقط في د وهو خطأ.

(٤) سقط في د وهو خطأ.

١٢]. ولم يفصلْ بين أن يكون الولدُ ذكراً أو أنثى، والجد أب الأب وإن عَلاَ بمنزلة الأب، إلا في أَرْبَعِ مَسَائِلَ.

إحداها: أن الأب يُسْقِطُ الإخوةَ والأخواتِ، وَالْجَدَّ لا يُسْقِطُهُمْ، إذا كانوا لأب وأم أو لأب.

الثانية: أمُّ الأب تَسْقُطُ بالأب، ولا تسقط بِالجَدِّ.

[الثالثة][١] **والرابعة:** في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين ـ للأم فيهما ثُلُثُ ما يَبْقَىٰ بعد نصيب الزَّوج والزَّوجة، والباقي للأب، ومع الجد لها ثلث جميع المال.

وقيل: لا يُفرض للجدِّ السدسِ مع البنت، بل يقال: لِلْبِنْتِ النِّصْفُ والباقي لِلْجَدِّ بِخلاف الأب؛ فتصير المسائل خمساً.

وكلُّ جَدٍّ من جهة الأب ـ وإن عَلاَ ـ بمنزلةِ الجَدِّ إذا لم يكن دونه جَدٌّ، إلا في حَجْبِ الأُمَّهَاتِ؛ فإنَّ كل جَدٍّ يَحْجُبُ أمَّ نَفْسِهِ، ولا يَحْجُبَها مَنْ فوقه. وللأمِّ السُّدُسُ، إذا كان للميت وَلَدٌ، أو وَلَدُ ابنٍ، أو اثْنَانِ من الإخوة [أو الأَخَوَاتِ][٢].

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ..﴾ [النساء: ١١]. والمراد بـ«الإخوة»: اثنان فما فوقهما؛ لأن أقل الجمع اثنان؛ كما قال تعالى: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا...﴾ الآية [التحريم: ٤]، ذكر القلوبَ بلفظ الجمع، وأضاف إلى شَخْصَيْنِ، فإن لم يكن له وَلَدٌ ولا اثْنَانِ من الإخوة ـ فلها الثُّلُثُ، إلاَّ في مسألتين:

إحداهما: امرأةٌ مَاتَتْ عن زَوْجٍ وأبويْن ـ فالمسألةُ من سِتَّةٍ: الزوجُ النِّصْفُ، والأم ثلث ما يبقى منهم، والباقي للأب.

الثانية: رَجُلٌ مَاتَ عن زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ ـ فالمسألة من أربعة: الزَّوْجَةُ الرُّبع، والأم ثُلُثُ ما يبقى، والباقي للأب.

ففي الحقيقة قد خَصَّ الأُمَّ سهمُ السُّدُسِ في المسألة الأولى، والرُّبُع في الثَّانِيَةِ، غير أنا نتلفَّظ بالثُّلُثِ؛ لأن الله ـ تعالى ـ أعطى لها الثُّلُثَ عند عَدَمِ الولد والإخوةِ.

وقال ابن عباس: للأمِّ الثُّلُثُ كاملاً في المسألتين جميعاً، وهو قول شريح، واتفاقُ عَامَّةِ الصحابة: حُجَّةٌ لمن جَعَلَ لَهَا ثُلُثَ ما يبقى، فإن كان في المسألة معهم أَخَوَانِ فَصَاعِداً ـ فللأمِّ السُّدُسُ بالاتفاق، وللزوج النِّصْفُ، أو للزوجة الرُّبُعُ، وَالْبَاقي لِلأَبِ.

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: والأخوات.

فَصْلٌ فِي مِيرَاثِ الجدَّاتِ

روي عن قُبِيصَةَ بن ذُؤَيْبٍ قال: جَاءَتْ الْجَدَّةُ إِلَىٰ أَبِي بَكْرٍ ـ رضي الله عنه ـ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا. فَقَالَ: «مَا لَكَ فِي كِتَابِ الله مِنْ شَيْءٍ، وَمَا عَلِمْتُ لَكِ في سُنَّةِ رَسُولِ الله ﷺ شَيْئاً، فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ فَسَأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ: «حَضَرْتُ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ أَعْطَاهَا السُّدُسُ».

فَقَالَ: هَلْ مَعكَ غَيْرُكَ؟

فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ الأنصاري فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ، فَأَنْفَذَ لَهَا أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ، ثم جاءت الجدةُ الأخرىٰ إلى عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا فَقَالَ: «مَا لَكِ فِي كِتَابِ الله مِنْ شَيْءٍ [وَمَا كَانَ الْقَضَاءَ الَّذِي قُضِيَ بِهِ إِلاَّ لِغيركِ، وَمَا أَنَا بَزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئاً][1]، وَلَكِنْ هُوَ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَإِنِ اجْتَمَعْتُمَا فِيهِ، فَهُوَ بَيْنَكُمَا، وَأَيَتكُمَا خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا»[2]. للجدةِ السُّدُسُ، سواء كانت أم أم، أو أم أب، وإذا اجتمعت جَدَّاتٌ وارثات يَشْتَرِكْنَ ـ في السُّدُسُ، ولا يُتَصَوَّرُ من جِهَةِ أمِّ الميت إلا جدة واحدة، ويتصور من جهة أبيه جدات وارثات، وكُلُّ جدةٍ بينها وبين الميت ذكرٌ يُدْلِي إلى الميتِ بِأُنْثَىٰ ـ فلا مِيرَاثِ لها؛ لأن ذلك الذَّكَرَ لا يَرِثُ، فمن يدلي به أولى أَلاَّ يَرِثَ.

والأمُّ تُسْقِطُ الْجَدَّاتِ كُلَّهُنَّ، سواءٍ كن من ـ قِبَلِهَا، أو من قِبَلِ الأَب، والأب يُسقط كل جدةٍ من جهته، ولا يُسْقِطُ من كان من جهة الأم، وَإِن بَعُدَتْ، والجدة الْقُرْبَىٰ من كل جهة تُسْقِطُ الْبُعْدَىٰ من تلك الجهة، والْقُرْبَىٰ من جهة الأم تُسقط الْبُعْدَىٰ من جهة الأب.

مثل أم الأم تُسْقِطُ أُمّ أمِّ الأب، وأمّ أَبِ الأب.

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥١٣) كتاب الفرائض: باب ميراث الجدة حديث (٤) وأحمد (٤/ ٢٢٥) وأبو داود (٣/ ٣١٦) كتاب الفرائض: باب في الجدة حديث (٢٨٩٤) والترمذي (٤/ ٤٢٠) كتاب الفرائض: باب ميراث الجدة حديث (٢١٠١) وابن ماجه (٢/ ٩٠٩) كتاب الفرائض: باب ميراث الجدة حديث (٢٧٢٤).

وعبد الرزاق (١٩٠٨٣) وابن الجارود رقم (٩٥٩) وأبو يعلى (١/ ١١٠) رقم (١١٩، ١٢٠) وابن حبان (١٢٢٤ ـ موارد) والدارقطني (٤/ ٩٤) كتاب الفرائض والحاكم (٤/ ٣٣٨) كتاب الفرائض: باب قضاء أبي بكر في الجدة، والبيهقي (٦/ ٢٣٤) كتاب الفرائض: باب فرض الجدة والجدتين، كلهم من طريق قبيصة بن ذؤيب به.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

وصححه ابن حبان.

أَمَّا القربى من جهة الأب لا تُسْقِطُ الْبُعْدَىٰ من جهة الأمِّ على ظَاهِرِ المذهبِ.

مثلُ أمِّ الأب لا تُسْقِطُ أمَّ أم الأم؛ لأن الأب لا يُسْقِطُهَا.

وفيه قول آخر؛ وبه قال أبو حنيفة: يُسْقِطُهَا؛ كما أن الْقُرْبَىٰ من جهة الأم تُسْقِطُ الْبُعْدَىٰ من جِهَةِ الأَبِ، والأولُ المذهبُ، وهو قول علي وزيد ـ رضي الله عنهما.

وكذلك الْقُرْبَىٰ من جهة أُمَّهَاتِ الأبِ تُسْقِطُ الْبُعْدَىٰ من جهة آبَاءِ الأبِ.

بيانه: أُمُّ أمِّ الأب تُسْقِطُ أمَّ أمِّ أبِ الأبِ، وأُمُّ أبِي أب الأب. وَالْقُرْبَىٰ من جهة [آباء الأب ـ لا تُسْقِطُ الْبُعْدَىٰ من جهة][1] أُمَّهَاتِ الأب؛ مثل أمِّ أبِ الأبِ لا تُسْقِطُ أمَّ أمِّ أُمِّ الأبِ، على ظاهر المذهب؛ كما لا يُسقَط أَبُ الأب أمَّ أُمِّ الأبِ، حتى لو مات عن أم أب، وأم أبي أب، وأُمِّ أُمِّ أمٍّ ـ فَالسُّدُس بين أمِّ الأب، وأمِّ أمِّ الأُمِّ نِصْفَانِ، ولا شيء لأمِّ أَبِ الأَبِ.

لأن أمَّ الأب في جهتها، وهي أقربُ فَتُسْقِطُهَا.

ولو مَاتَ عن أبٍ، وأمِّ أب، وأم أم ـ فالسُّدُسُ كُلُّهُ لأمِّ الأمِّ، والباقي للأب وأمه تَسْقُطُ بِهِ.

ولو مات عن جَدَّتَيْنِ: أحدهما من جهتَين، والأخرى من جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، مثل: أمِّ أمِّ أمِّ هي أُمُّ أمِّ أبٍ معها أُمُّ أب أب ـ فالسُّدُسُ بينهما سواء.

وقال ابن مسعود: السُّدُسُ بينهما أَثْلاَثٌ.

وإذا سُئِلْتَ عَنْ عددٍ من الجَدَّات الوارثاتِ ـ فأَرْتَفِعْ في الدرجةِ بذلكَ العددِ، ثم ضَعْ واحدةً من جهةِ أمِّ الميِّت، والأُخْرَىٰ من جهةِ أمِّ أمِّهِ، والثالثة: من جهةِ أمِّ جده ـ فلا يتصوَّر في الدرجة[2]: الأولى إلا جدتانِ، وهما وارثتان، ويتصوَّر في [الدرجة][3] الثانية أربعُ جَدَّاتٍ: ثلاثٌ منهن وارثاتٌ، ويتصوَّر في الدرجةِ الثالثةِ ثمانِ جَدَّاتٍ، أربعٌ منهن وارثاتٌ، هكذا

= وفيه نظر فإن قبيصة بن ذؤيب لم يدرك أبا بكر.

قال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ٢٥٤): قبيصة بن ذؤيب ولد عام الفتح على الأصح وقيل أول سنة من الهجرة وفي التهذيب أن روايته عن أبي بكر وعمر رضي الله عنه مرسلة.

والحديث ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٨٢) وقال: وإسناده صحيح لثقة رجاله، إلا أن صورته مرسل فإن قبيصة لا يصح له سماع من الصديق ولا يمكن شهوده للقصة.

وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٣٢): وقال ابن حزم في محلاه: لا يصح لأنه منقطع لأن قبيصة لم يدرك أبا بكر ولا سمعه من المغيرة ولا محمد وتبعه عبد الحق وابن القطان.

(١) سقط في د.

(٢) في د: الجهة.

(٣) سقط في د.

يتضاعَفُ العَدَدُ في كلِّ درجةٍ، ولا تزيدُ في الوارثاتِ إلا واحدة.

بَابُ العَصَبَاتِ(١)

رُوِيَ عـنِ ٱبْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ

---

(١) عصبة الرجل في اللغة؛ قرابته لأبيه، ويجمع عاصب على عصبة، فيسمى به الواحد وغيره. والمذكر والمؤنث: وسميت العصبة بالقرابة فلأب، لأن الأقرباء عَصَبُوا بالرجل، إن أحاطوا به، والأب طرف والابن طرف، والعم جانب والأخ جانب. والعصبة من الرجال ما بين العشرة إلى الأربعين، وباب الثلاثي منه ضرب. ويقال: عصّب بالتشديد ـ تعصيباً.

والعصبات النسبية ثلاثة أنواع:

«أ» عصبة بالنفس، وهي كل ذكر يمكن نسبته إلى الميت، بدون توسط أنثى والتقييد بالذكورة؛ لأن الأنثى لا تكون عصبة بنفسها، بل بغيرها، أو مع غيرها كما سيأتي، إلا المعتقة فإنها تكون عصبة بنفسها، وإن كان تعصيبها ليس لشيء: قال في الرحبية:

وليس في النساء طرًّا عصبة ... إلا التي منت بعتق الرقبة

وخرج بقولنا يمكن نسبته.. الخ من دخل في نسبته إلى الميت أنثى كأولاد الأم؛ فإنهم من ذوي الفروض. وكأب الأم، وابن البنت؛ فإنهما من ذوي الأرحام.

وإنما اعتبرنا الأخ الشقيق عصبة بنفسه مع دخول الأم في نسبته إلى الميت، لأن الأب أصل في استحقاق العصوبة، وهذا كافٍ في إثباتها، ولا اعتبار للأم لعدم صلاحيتها لإثبات العصوبة. وإن كنا جعلناها بمنزلة وصف زائد في ترجيح الأخ الشقيق على الأخ لأب.

وورد على هذا التعريف جملة اعتراضات، رأيت ألا أتعرض لها خشية التطويل، وأكتفي هنا بما قاله ابن الهائم في «كفايته» بشأن تعريف العصبة.

وليس يخلو جده من نقد ... فينبغي تعريفه بالقدّ

وبيان العصبة بالقد كما يأتي:

الابن وابن الابن، وإن سفل بمحض الذكور. والأب والجد أبو الأب وإن علا، والأخ لأبوين، والأخ لأب، وابن الأخ لأبوين، وابن الأخ لأب، والعم الشقيق، والعم لأب، وعم الأب لأبوين، وعم الأب لأب لا لأم. وعم الجد لأبوين. وعم الجد لأب لا لأم وابن علا، وبنوهم.

وجهات العصوبة عندنا سبع مرتبة كما يأتي:

البنوة، ثم الأبوة، ثم الجدودة، والأخوة، ثم بنو الأخوة، ثم العمومة، ثم الولاء، ثم بيت المال المنتظم.

والمالكية يوافقوننا في العدد، والترتيب.

أما الحنابلة فهي عندهم ست بإسقاط بيت المال على هذا الترتيب وعند الحنفية خمس، وهي: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم الولاء؛ بإدماج الجدودة في الأبوة. وإدخال بني الأخوة في الأخوة، وإسقاط بيت المال. =

= وإذا اجتمع عاصبان فأكثر، يقدم أولاً بالجهة، فمن كانت جهته مقدمة يحجب من في الجهة التي هي أنزل منها حرماناً من جهة العصوبة.

والتقيـيد بجهة العصوبة، لئلا يرد علينا صورة الابن مع الأب، فإنه يحجبه من نصيبه بالتعصيب، ولا يحجبه من نصيبه بالفرض، فيقال: حجبه حجب حرمان من العصوبة.

أما إذا اتحدت الجهة. فالأقرب درجة يحجب الأبعد عنه درجة، فصاعداً عند اختلاف الدرجة. فإن اتحدت الجهة والدرجة قدم بقوة القرابة عند الاختلاف فيها، فذو القرابتين مقدم على ذي القرابة الواحدة، ويشترك الكل في التركة عند الاتحاد في الجهة، والدرجة، وقوة القرابة.

وللعاصب بنفسه ثلاثة أحكام:

أحدها: أن من انفرد منهم أخذ كل المال.

ثانيها: إذا اجتمع مع صاحب فرض، أخذ ما بقي بعد الفرض.

ثالثها: إذا استغرقت الفروض التركة سقط.

ولا يرد على هذا الأشقاء في التركة، فإنهم انتقلوا فيها إلى فرض، فليسوا عصبة حينئذٍ، ولا ترد الأخت في الأكدرية؛ لأنها عصبة بالغير وهو الجد؛ فإنه يعصبها كالأخ.

والدليل على أن العاصب بنفسه يأخذ جميع المال إذا انفرد: قوله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾، أي: أن الأخ يرث أخته إن لم يكن لها ولد، فيأخذ جميع المال، أو ما أبقته الفروض، وغير الأخ كالأخ.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولي رجل ذكر».

والمراد بالأولي في الحديث الأقرب، لا الأحق؛ لأن الأحق غير معلوم لنا، بخلاف الأقرب فإنه معروف ـ والتقييد بالرجل جرياً على الغالب، وإلا فالمعتقة عصبة كما سبق.

وقوله: «ذكر» بدل من رجل، وفائدته: أن الرجل لما كان يطلق على ما يقابل المرأة، وعلى ما يقابل الصبي ـ أتى بعده بلفظ ذكر؛ للإشارة إلى أن في مقابلة المرأة، فالمراد به الذكر لا البالغ، وإنما لم يقتصر على «ذكر» بدون ذكر رجل؛ لئلا تفوت إفادة إطلاق الرجل بمعنى الذكر.

وهذا الحديث وإن كان بظاهره يقتضي اشتراط الذكورة في العصبة المستحقة للباقي، فيخرج العصبة بغيره، والعصبة مع غيره، إلا أنه يخص مفهومه بالنص والإجماع الدالين على أن العصبة بالغير ومع الغير يستحق الباقي.

«ب» عصبة بالغير ـ وهي كل أنثى عصبها ذكر، وهن أربع من النسوة، وفرضهن النصف، والثلثان. وهن: «البنت، وبنت الابن، والأخت الشقيقة، والأخت لأب».

فللبنت وحدها النصف فرضاً، وللاثنتين فصاعداً الثلثان، ولبنت الابن حكم البنت عند عدمها، والأخت الشقيقة أيضاً مثل حكم البنت عند عدمها، والأخت الشقيقة أيضاً مثل البنت فيما تقدم، لكن إذا لم توجد معها بنات صلب، أو بنات ابن، أو ابن ابن، أو أب، أو جد عند أبي حنيفة. والأخت لأب حكمها كذلك عند عدم من تقدم، ممن اشترط عدمهم مع الشقيقة، فهؤلاء الأربعة يصرن عصبة بأخواتهن.

والأخت الشقيقة، أو لأب يعصبها الجد؛ لأنه بمنزلة أخيها في الإدلاء بالأب، والدليل على أن البنت عصبة مع أخيها قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾.

. . . .

= وبنت الابن ملحقة بها بطريق القياس.

ويدل للأخريين قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ في حق الأخوة، والأخوات ـ وكما أن بنت الابن تشارك الثلاثة المتقدمة في أن يعصبها أخوها وتزيد عليهن أنها يعصبها من في درجتها، وليس بأخيها؛ كابن عمها، وكذا يعصبها ابن ابن، انزل منها بابن كانت هي عمته، أو عمة أبيه، أو جدة، وإنما يعصبها من ذكر إذا لم يكن لها شيء في الثلثين من نصف، أو سدس، أو مشاركة في السدس؛ بأن كان هناك بنتان فأكثر، فيعصبها من ذكر حينئذٍ لاستغراق البنتين فأكثر للثلثين.

أما من لا فرض لها من الإناث، وأخوها عصبة كالعمة مع أخيها، وكبنت الأخ مع أخيها ـ فلا تصير به عصبة ـ وأيضاً فالأخ يعصب أخته، بنقلها من فرضها حالة الانفراد إلى العصوبة، كيلا يلزم تفضيل الأنثى على الذكر، أو المساواة بينهما. فإذا لم تكن الأنثى صاحبة فرض بانفرادها، فلا يلزم هذا المعنى من عدم تعصيبها بأخيها.

«حـ» عصبة مع غيره ـ وهي كل أنثى تصير عصبة باجتماعها مع أخرى؛ كالأخت الشقيقة، أو التي لأب مع البنت، سواء أكانت صلبية، أم بنت ابن، واحدة كانت البنت وبنت الابن، أو أكثر ـ وكذا الأخت، واحدة أم أكثر، فللأخت النصف تعصيباً مع بنت فقط، ومع بنتين لها الثلث الباقي تعصيباً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة».

وإلى هذا المذهب ذهب أكثر الصحابة؛ وهو قول جمهور العلماء، وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: «لا تعصيب لهن مع البنات».

وقال فيما إذا اجتمعت بنت وأخت: «أن النصف للبنت، ولا شي للأخت، فقيل له: لأن عمر رضي الله عنه كان يقول: «للأخت ما بقي» ـ فغضب، وقال: أأنتم أعلم أم الله؟ يريد قوله تعالى: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾.

فقد جعل الولد حاجباً الأخت، مع حمله، لفظ الولد على ما هو شامل للذكر والأنثى، كما في حجب الأم، والزوج، والزوجة.

والجواب عن هذا أن المراد بالولد هو الذكر؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾، أي: ابن باتفاق. فإن الضمير في الآية مذكر، ولأن الأخت تَرِث مع البنت، وقد تأيد ذلك بالسنة، فإن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال: «رأيت رسول الله ﷺ قضى للبنت بالنصف، ولبنت الابن بالسدس تكملة الثلثين، وللأخت الباقي».

فعلم من السنة أن الأخت ترث مع البنت، ونصيبها في هذه المسألة الثلث، ولا شك أنه أقل من النصف الذي هو فرضها، فيكون إذن بطريق التعصيب؛ لأن الثلث فرضها إذا كانت مع أخت لها.

وإنما تكون الأخت فصاعداً عصبة مع البنت فصاعداً، إذا لم يوجد مع الأخت أخوها، وإلا كانت عصبة بالغير، لا مع الغير.

ومتى صارت الأخت الشقيقة عصبة مع الغير ـ كانت كالأخ الشقيق، فتحجب الإخوة للأب، ذكوراً كانوا أو إناثاً، ومن بعدهم من العصبات.

ومتى صارت الأخت لأب عصبة مع الغير ـ كانت كالأخ لأب، فتحجب بني الإخوة ومن بعدهم من العصبات كالأعمام وبنيهم.

ويشارك العاصبُ بغيره، والعاصبُ مع غيره العاصبَ بالنفس ـ في السقوط عند استغراق الفروض =

لأَوْلَىٰ رَجُلٍ ذَكَرٍ»(١) الْعَصَبَةُ اسمٌ لكل ذكر يُدلي إلى الميِّتِ بنفسه أو بِذَكَرٍ.

وحكمُ تَوْرِيثِهِ: أنه يَحُوزُ جَمِيعَ المالِ عند الانفرادِ، ويأخذ ما فَضَلَ عن أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ، والأقرب منهم يَحْجُبُ الأَبْعَدَ عن الْعصُوبَةَ. وأقربُ الْعَصَبَاتِ الْبَنُونَ، وإنما قدمنا البنين؛ لأن الله تعالى بَدَأَ بِهِمْ فقال: ﴿يُوصِيكُمُ الله فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١].

وفرضُ الأب مع الابن السُّدُسُ، وَجُعِلَ الباقي للابن، ثم بعد البنين بَنُو البنين ـ وإن سَفَلُوا ـ ثم الأب؛ لأن سَائِرَ الْعَصَبَاتِ يدلون به، ثم الجد مع الأخ للأب والأم، أو للأب؛ فإن لم يَكُنْ أَخٌ فالجد، ثم أَبُ الجد ـ وإن عَلا.

فإن لم يكن جَدٌّ، فالأخ للأب والأم، ثم الأخ للأب، ثم بَنُو الإِخْوَةَ، يُقَدَّمُ فيهم الأقربُ فالأقربُ، لأب كان أو لأب وأم، حتى أن ابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم، فإن استووا في الدرجة فالذي هو لأب وأم أَوْلَىٰ؛ كما أن الأخ ـ للأَبِ والأمِّ ـ أَوْلَىٰ من الأخ للأب، والأخ للأب أولى من ابن الأخ للأب والأم، كذلك بَنُوهُمْ.

فإن لم يكن أَحَدٌ من بني الإخوة ـ وإن سفل ـ فالعمُّ للأب والأم، ثم العمُّ للأب، ثم بَنُو العم ـ وإن سَفَلُوا ـ يُقَدَّمُ فيهم الأقربُ فالأقربُ، فإن استووا في الدَّرَجَةَ ـ فالذي هو لأب وأم

= التركة؛ كما يشارك العاصبُ مع غيره ـ العاصب بالنفس في أن كلا منهما يأخذ ما أبقته الفروض.

أما العاصب بغيره فيأخذ الباقي مع ذلك الغير.

والفرق بين العصبة بالغير، والعصبة مع الغير ـ مع أن كلا منهما عصبة، بسبب مصاحبته الغير ـ أن الغير في الأول يجب أن يكون عاصباً بنفسه، بخلاف الثاني؛ فإن الغير فيه ليس عصبة بنفسه؛ وذلك لأن الباء للإلصاق، ولا يتحقق الإلصاق بين الشيئين إلا بمشاركتهما في الحكم، فالباء في قولهم: عصبة بغيره تفيد المشاركة في حكم العصوبة بخلاف (مع)؛ فإنها للاقتران وهو يتحقق بدون مشاركة في الحكم؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا مَعَهُ أَخَاهُ هَارُونَ وَزِيراً﴾، فإن موسى عليه السلام لم يشارك هارون في الوزارة، فالغير في قولهم عصبة مع غيره لا يكون عصبة؛ كما لم يكن موسى وزيراً.

ينظر كلام شيخنا وهبه إبراهيم في المواريث.

(١) أخرجه البخاري (١٢/ ٢٧) كتاب الفرائض: باب ابني عم أحدهما أخ للأم والآخر زوج حديث (٦٧٤٦) ومسلم ((٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض: باب الحقوا الفرائض بأهلها حديث (٢/ ١٦١٥) وأحمد (١/ ٣١٣) والدارمي (٢/ ٣٦٨) كتاب الفرائض: باب العصبة، وأبو داود (٣/ ٣١٩) كتاب الفرائض: باب ميراث العصبة حديث (٢٨٩٨) وابن ماجه (٢/ ٩١٥) كتاب الفرائض: باب ميراث العصبة حديث (٢٧٤٠).

والترمذي (٤/ ٣٦٤ ـ ٣٦٥) كتاب الفرائض: باب في ميراث العصبة حديث (٢٠٩٨) والطيالسي رقم (٢٦٠٩) وابن الجارود رقم (٩٥٥) وعبد الرزاق (١٩٠٠٤) وأبو يعلى (٤/ ٢٥٨) رقم (٢٣٧١) وابن حبان (٥٩٩٦، ٥٩٩٧، ٥٩٩٨ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٩٠) كتاب الفرائض: باب الرجل يموت ويترك بنتاً وأختاً وعصبة وسواهما، والدارقطني (٤/ ٧٠) كتاب الفرائض رقم (١١) والبيهقي (٦/ ٢٣٨) كتاب الفرائض: باب ترتيب العصبة والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٤٨ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق عبد الله بن طاوس عن أبيه عن ابن عباس به.

أَوْلَىٰ؛ كما في بَنِي الإِخْوَةِ.

فإن لم يكن أحد من بني أَعْمَامِ الميت - وإن سَفَلَ - فعمُّ الأب، ثم ابْنُهُ، ثم عَمُّ الجد على هَذَا الترتيب.

فإن لم يكن أَحَدٌ من عَصَبَاتِ النَّسَبِ - وعليه ولاء - فَالْمِيرَاثُ للمعتِق، ثم لِعَصَباتِهِ، ثم لمعتق المعتق، ثم لِعَصَباتِهِ، فإن لم يكن منهم أَحَدٌ فالمال لبيتِ المالِ.

وأب الجد - وإن عَلَا - مع الأخ للأب والأم، أو للأب - يستويان، وهو وإن علا - أَوْلَىٰ من ابْنِ الأَخِ.

وإذا اجتمع في شَخْصٍ واحد جِهَةُ فرضٍ وجهةُ تعصيب - «يرثُ بهما جَميعاً».

مثل: إن مات عن ابْنَيْ عَمٍّ: أحدهما أَخٌ لأم، فللذي هو أخ لأم السُّدُسُ، والباقي بينهما نِصْفَانِ؛ كما لو كان أحدهما زَوْجاً كان له النِّصْفُ بِالزَّوْجِيَّةِ، والباقي بينهما نِصْفَانِ.

بَابُ مِيرَاثِ الْجَدِّ مَعَ الإِخْوَةِ

الإخوةُ والأخواتُ للأبِ والأم أو للأبِ - لا يسْقُطُونَ بالجدِّ، وهو قولُ عمر، وعثمان، وعلي، وعبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم -؛ لأن ولد الأب يُدلي بالأب؛ فلا يُسْقِطُهُ الْجَدُّ؛ كأم الأب لا تَسْقُطُ بالجدِّ.

وقال الحسن، وعطاء، وطاوس، وأبو حنيفة: يَسْقُطُونَ بالجدِّ، وهو قولٌ للصديق، وابن عباس، وعائشة - رضي الله عنهم.

فإذا اجتمع الْجَدُّ معهم عندنا - ولم يكن مَعَهُمْ صَاحِبُ فَرْضٍ - فللجدِّ خيرُ الأمرين؛ إما المُقَاسَمَةُ معهم، أو ثلثُ جَميعِ الْمَالِ، ثم الباقي بين الإخوة والأخوات، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأنثيين[1].

---

(١) الجد الصحيح هو الذي لم يدخل في نسبته إلى الميت أنثى وهو أب الأب وإن علا وهو حقيقة في الجد الأدنى مجاز في غيره.

وهذا المبحث خطير جداً ومن ثم كان الصحابة يتحاشون الكلام فيه فقد روي عن علي كرم الله وجهه «من سرّه أن يقتحم جراثيم جهنم فليقض بين الجد والإخوة».

وعن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنهما سأل النبي ﷺ عن نصيب الجد فقال ﷺ: «إني لأظنك تموت قبل أن تعلمه».

قال سعيد فمات عمر ولم يعلمه. وروي عن ابن مسعود قال: «سلونا عن عضلكم واتركونا من الجد لا حياه الله ولا بياه. =

. . . .

=	وقال عمر بن الخطاب: «أجرؤكم على قسم الجد أجرؤكم على النار» وروي أنه لما طفه أبو لؤلؤة وأشرف على الموت قال للناس احفظوا عني ثلاثاً ـ لا أقول في الكلالة شيئاً ولا أقول في الجد شيئاً ولا أستخلف عليكم أحداً.

وهذا التحذير والوعيد وما قيل في شأنه في ذلك الوقت إنما هو قبل تدوين المذاهب الأربعة واستقرار الأمر عليها وإلا فحكم الجد مع الإخوة والأخوات صار جلياً واضحاً بعد تدوينها واستقرار الأمر عليها عند كل مجتهد من الأئمة الأربعة ومقلديهم ولا صعوبة حينئذٍ في الإفتاء.

وأما صدر عن الصحابة فكان لاشتباه الأمر في الجد لعدم ورود نص صريح فيه.

ولذلك اختلفوا هم ومن بعدهم في سقوط الإخوة والأخوات بالجد. فروي عن أبي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عن الجميع.

أن الجد يسقط الإخوة والأخوات كالأب.

وقال به من التابعين عطاء وطاوس والحسن ومن الفقهاء أبو حنيفة والمزني وأبو ثور وإسحاق وابن شريح وداود رضي الله عنهم وخالفهم في ذلك الجمهور ومنهم الخلفاء الثلاثة عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم: وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمران بن الحصين رضي الله عنهم.

فقالوا: أن الجد يقاسم الإخوة والأخوات ولا يسقطهم على ما سنذكره من كيفية مقاسمته إياهم.

وقال به من التابعين شريح والشعبي ومسروق وعبادة السلماني ومن الفقهاء الشافعي ومالك والأوزاعي والثوري وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل:

استدل الجمهور على مذهبهم بوجوه:

أولاً: قوله تعالى: ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون﴾.

وقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ والجدّ والإخوة يدخلون في عموم الآيتين. فلم يجز أن يُخص الجد بالميراث دون الإخوة والأخوات.

ثانياً: أن الأخ عصبة يقاسم أخته فلا يسقط بالجد قياساً على الابن فإنه يعصب أخته ولا يسقط بالجد.

أما من عدمت فيه العلة فيسقط بالجد كبنى الإخوة فإنهم لا يعصبون أختهم. ولذلك يسقطون بالجد:

فإن قيل: هذا التعليل فاسد لأن الأخ وإن عصب أخته يسقط بالأب مع أن الأب لا يعصب أخته فكذلك لا يمتنع أن يسقط بالجد الذي لا يعصب أخته.

أجيب بأنهم إنما سقطوا بالأب لإدلائهم به والجد عدم فيه هذا المعنى.

ثالثاً: إن قوة الأبناء مكتسبة من قوة الآباء فلما كان بنو الإخوة لا يسقطون مع بني الجد فكذلك الإخوة لا يسقطون مع الجد:

فإن قيل: هذا الدليل يقتضي أن تكون الإخوة مسقطين للجد كما أن بني الإخوة يسقطون بني الجد وهم الأعمام.

أجيب: بأنا أقمنا الدليل على ميراث الإخوة لا على من سقط بالإخوة وقد دل الدليل المقام على ميراثهم فصح:

رابعاً: إن كل من لا يحجب الأم إلى ثلث الباقي لا يحجب الإخوة كالعم. وكل من يحجب الأم إلى ثلث الباقي يحجب الإخوة حرماناً كالأب والجد من النوع الأول فلا يحجب الإخوة.

خامساً: إن كل شخصين يُدليان إلى الميت بشخص واحد لم يسقط أحدهما بالآخر كالأخوين وكابني =

. . . .

= الابن. ولا شك أن الأخ والجد كلاهما يدلي بالأب.

سادساً: أن تعصيب الإخوة كتعصيب الأولاد لأنهم يعصبون أخواتهم. وأيضاً يحجبون الأم عن أعلى الواجبين مثل الأولاد: ويفرض النصف للأنثى منهم كالبنت. والجد في هذه الأحكام كلها بخلافهم فلذلك كانوا بمقاسمة الجد أولى من سقوطهم.

سابعاً: أن كل شخصين اجتمعا في درجة واحدة وكان أحدهما يجمع بين التعصيب والرحم والآخر ينفرد بالتعصيب دون الرحم كان المنفرد بالتعصيب وحده أقوى كالابن إذا اجتمع مع الأب ولا شك أن الجد جامع الأمرين والأخ مختص بأحدهما فوجب أن يكون الأخ أقوى. ومعلوم أنهما في درجة واحدة لأنهما يدليان جميعاً بالأب فصار الأخ أقوى من الجد بما ذكر.

وأيضاً فإن الأخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالأبوة ـ فكان الأخ أقوى وكان مقتضى ما ذكر سقوط الجد بالإخوة ولكن صدنا عن ذلك الإجماع.

ووجه آخر وهو أن من يدليان به وهو الأب لو كان هو الميت لخَصَّ الجد من تركته السدس وخمسة أسداسها للابن:

وإذا كان الأخ أقوى من الجد بهذه المعاني كان أقل أحواله أن يشاركه في ميراثه.

ثامناً: ما روي أن عمر بن الخطاب مات ابنه عاصم وترك أولاداً ثم مات أحد أولاده فترك جد عمر وأخوته فعلم عمر أنه أمر لا بد من النظر فيه بعد أن كان يكره أن يذكر فريضة في الجد ـ فقام في الناس وقال هل فيكم من أحد سمع رسول الله ﷺ يقول في الجد شيئاً فقام رجل فقال سمعت رسول الله ﷺ يُسأل عن فريضة الجد فأعطاه السدس فقال عمر مع مَنْ كان من الورثة فقال لا أدري فقال لا وريت ثم قام آخر فقال سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن فريضة الجد فأعطاه الثلث ـ فقال عمر مع مَنْ كان من الورثة فقال لا أدري قال لا وريت ثم دعا زيد بن ثابت فقال له إن كان من رأيـي ورأي أبي بكر قبلي أن أجعل الجد أولى من الأخ فماذا ترى فقال يا أمير المؤمنين لا تعجل «شجرة أخرج منها غصن ثم خرج من الغصن غصنان فبم تجعل الجد أولى من الأخ وهما خرجا من الغصن الذي خرج من الجد» أي ولا شك أن أحد الغصنين أقرب إلى الآخر منه إلى أصل الشجرة ـ ألا ترى أنه إذا قطع أحدهما امتص الآخر مما كان يمتص المقطوع. ثم دعا عمر عليّ بن أبي طالب وقال له مثل مقالته لزيد. فقال علي يا أمير المؤمنين لا تعجل وادٍ سال ماءً تشعبت منه شعبة ثم تشعبت من الشعبة شعبتان فلو رجع ماء إحدى الشعبتين دخل في الشعبتين جميعاً فبم تجعل الجد أولى من الأخ.

فقال عمر لولا رأيكما أجمع ما رأيت أن يكون ابني ولا أن أكون أباه. قال الشعبي فجعل الجد أخاً مع الأخوين ومع الأخ والأخت. فإذا كثروا ترك مقاسمتهم وأخذ الثلث وكان عمر رضي الله عنه أول جد ورث في الإسلام مع الإخوة.

واستدل المخالفون على مذهبهم بوجوه:ـ

الأول: قال الله تعالى: ﴿واتَّبعْتُ ملة آبائي إبراهيم وإسحٰق﴾.

وقال أيضاً: ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾.

وقال تعالى: ﴿أنتم وآباؤكم الأقدمون﴾.

وقال أيضاً: ﴿وكان أبوهما صالحاً﴾ ويقال إن كان سابع جدٍّ فسماه الله أباً في هذه المواضع وإذا كان اسم الأب يطلق على الجد وجب أن يكون في الحكم كالأب. =

. . . .

= وقد سمى الله ابن الابن ـ ابناً ـ كما في قوله تعالى: ﴿يا بني إسرائيل﴾ وقول النبي ﷺ: «ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً».

والأبوة والبنوة من الأمور المتضايقة يمتنع ثبوت أحدهما بدون الآخر فيمتنع ثبوت النبوة لابن الابن إلا مع ثبوت الأبوة لأب الأب.

وأجيب عن هذا ـ بأن الله تعالى أطلق اسم الأب على الجد توسعاً من باب المجاز دون الحقيقة ـ ألا ترى أن تسميته بالجد أظهر من تسميته بالأب ولو قال قائل هذا جد وليس بأب لم يكن مخطئاً.

ومعلوم أن الأحكام إنما تتعلق بالحقائق دون المجازات كما تسمى الجدّة أمّاً ولا تجري عليها أحكام الأم.

الثاني: قالوا إن للميت طرفين أعلى وأدنى. فالأعلى الأب ومن علا والأدنى الابن ومن سفل. فلما كان ابن الابن كالابن في حجب الإخوة وجب أن يكون أب الأب كالأب في حجب الإخوة بطريق القياس.

والجواب عنه: أن ابن الابن لما كان كالابن في حجب الأم كان كالابن في حجب الإخوة ولما كان الجد مخالفاً للأب في حجب الأم إلى ثلث الباقي ـ كان مخالفاً للأب في حجب الأخوة.

الثالث: أن الجد عصبة لا يعقل فَوَجَبَ أن يسقط العصبة التي تعقل كالابن.

ويجاب عن هذا ـ بأن استحقاق العقل دل على قوة التعصيب فلم يجز أن يجعل دليلاً على ضعفه ـ ألا ترى أن أقرب العصبات أتم بتحمل العقـل من الأباعد لقوة تعصيبهم وضعف الأباعد وليس خروج الآباء والأبناء عن العقل عنه لمعنى يعود إلى التعصيب حتى يجعل دليلاً على القوة ـ كما لا يجوز أن يجعل دليلاً على الضعف وإنما أسقط الابن الإخوة المدلين بالأب لماله من القوة.

الرابع: أن الجد يدلي بالابن والأخ يدلي بالأب والابن أقوى من الأب فكان الإدلاء بالابن أقوى من الإدلاء بالأب.

والجواب عنه: أن إدلاء الأخ بالنبوة للميت وادلاء الجد بالأبوة فكان إدلاء الأخ أقوى.

الخامس: قالوا إن للجد ولاية يستحقها لقوته في نكاح الصغيرة وعلى مالها. ويضعف الأخ عن ذلك.

ويجاب عن هذا ـ أن ذلك ليس من دلائل القوة في الميراث ألا ترى أن الابن لا يلي ولا يزوج وهو أقوى من الأب. وإن ولي وزوّج

السادس: أن الأخ لو قاسم الجد لوجب أن يقتسما في كل فريضة ورث فيها جد كما يقاسم الأخ أخاه في كل فريضة ورث فيها أخ فلما لم يقاسم الجدَّ في كل المواضع لا يقاسم في بعضها.

وأجيب عنه ـ بأن كل موضع ورث الجد فيه بالتعصيب الذي شاركه الأخ فيه فإنه يشاركه في ميراثه لاستوائهما فيه (سببه) وإنما لا يشاركه في الموضع الذي يرث الجد فيه بالرحم لأنه ليس للأخ رحم يساويه فيها.

السابع: قالوا إن الجد في مقاسمة الإخوة لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن يكون كالأخ الشقيق أو كالأخ لأب أو أقوى منهما ـ ولا يجوز أن يكون أضعف منهما لأنه لا يسقط بهم، فلو كان كالأخ للأب والأم لم يرث معه الأخ للأب. ولو كان كالأخ للأب لما ورث مع الشقيق. وإذا امتنع بما ذكر أن يكون كأحدهما تعين أنه أقوى منهما.

والجواب عنه: أن الجد والإخوة يشتركان في الإدلاء بالأب فلم يضعف عنه الأخ للأب بعدم الأم =

. . . .

= لمساواته فيما أدلى به كما لم يقو عليه الأخ الشقيق بأمه لعدم اعتبار الأم في الإدلاء وليس كذلك حال الإخوة بعضهم مع بعض لأنهم يدلون بكل واحد من الأبوين فكان من جمعهما أقوى ممن انفرد بأحدهما إذا علمت ما تقدم فمذهب المخالفين ظاهر.

وأما مذهب الجمهور فحاصله ـ: أن للجد مع الإخوة والأخوات حالتين:

الأولى: إذا لم يكن معهم صاحب فرض فللجد خير الأمرين من مقاسمة الإخوة ذكوراً أو إناثاً أو مختلطين فيكون معهم كواحد منهم حتى أنه يعصب إناثهم الخلص فيأخذ مثلىٰ الأنثى أو يكون له ثلث التركة والباقي لهم.

أما وجه المقاسمة فلأنها الأصل في جعلهم في درجة واحدة وأما وجه إعطائه الثلث إذا كان خيراً له فلأن الأم والجد إذا اجتمعا وليس معهما أحد فللجد ضعف مالها.

ولا ينقص الإخوة الأم عن السدس فلا ينقصون الجد عن ضعفه وأيضاً فلأن الإخوة لغير أم لا ينقصون الإخوة للأم عن الثلث فبالأولى الجد لأنه يحجبهم.

وضابط معرفة الأحظ له ـ أنه متى كان الإخوة والأخوات أقل من مثليه باعتبار الأنثيين واحداً فالمقاسمة خير له.

وأما إذا كان الإخوة والأخوات أكثر من مثليه فالثلث أحظ له.

وتستوي للجد المقاسمة وثلث جميع المال فيما إذا كان الإخوة والأخوات مثليه.

الثانية: أن يكون معهم صاحب فرض. فإن بقي بعد الفرض أكثر من السدس فللجد الأحظ من أمور ثلاثة.

«أ» سدس جميع المال.

«ب» ثلث الباقي.

«جـ» المقاسمة.

أما وجه الأول فلأن الأولاد لا ينقصون عنه فالإخوة أولى وأما وجه الثاني. فالقياس على الأم في القراوين لأن لكل منهما ولادة.

ووجه الثالث: أنه كالأخ.

فإن لم يبق أكثر من السدس والحالة هذه فلا يخلو من أحوال ثلاثة ـ إما أن تستغرق الفروض التركة ـ أو يبقى بعدها السدس فقط أو أقل منه.

فإن استغرقت ولا تتصور إلا والمسألة عائلة كزوج وبنتين وأم وجد وأخ. فللزوج الربع وللبنتين الثلثان. وللأم السدس. وأصلها من إثني عشر: وعالت إلى ثلاثة عشر فاستغرقت القروض قبل اعتبار الجد. وهنا يفرض للجد السدس ويزاد في العول إلى خمسة عشر.

ويسقط الأخ لأنه عصبة لم يسبق له شيء.

وإن بقي السدس بعد الفروض. فيدفع السدس للجد فرضاً لا عصوبة وإلا لشاركه الإخوة فيه فيأخذ أقل من السدس وهو ممتنع كزوج، وأم، وجد، وأخ.

فللزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس.

والمسألة من ستة ولا شيء للأخ لأنه عصبة لم يسبق له من التركة شيء أما إذا بقي بعد الفروض أقل من السدس. فيعال للجد بتمام السدس كبنتين. وزوج، وجد، وأخ. =

وفي المقاسمة تكون الجدُّ بمنزلة أخ، حتى يَأْخُذَ مثلَ ما تأخذُ الأختُ، وإذا اسْتَوَتْ المقاسمةُ، والثُّلُثُ ـ يتلَفَّظُ بِالثُّلُثِ تَسْهِيلاً للحسابِ، فالجد يقاسم أختاً وأختين، وثلاث أخوات، أو أخاً وأختاً فإن زاد، فللجدِّ الثُّلث.

وإن كان معهم صَاحِبُ فرضٍ فَلِلْجَدِّ خيرُ الأمورِ الثلاثة؛ إما المقاسمةَ مع الإخوة، أو سُدُسُ جميعِ المالِ، أو ثلث ما تَبَقَّى بعد نَصِيبِ صَاحِبِ الْفَرْضِ.

وإنما قلنا: يقاسمهم إذا كانت القسمةُ خيراً؛ لأن الجد كالأخ، ثم الإخوة يَتَقَاسَمُونَ بعد فَرْضِ ذِي السَّهْم؛ كذلك الجد معهم.

وإنما قلنا: يأخذ ثُلُثَ ما يَبْقَىٰ إن كان خيراً، لأنه لو لم يكن في المسألة صَاحِبُ فرض ـ كان للجدِّ الثُّلُثَ، لو كان خيراً من المُقَاسَمَةِ، فَيُجْعَلُ نَصِيبُ صاحبِ الفرض كالمستحق؛ فكان للجدِّ ثلثُ الباقي.

وإنما قلنا: له السُّدُسُ إذا كان خيراً؛ لأن الإخوة ليسوا بأقوى من البنين، والبنون لا يُنْقِصُونَ نصيبَ الجدِّ عن السُّدُسِ؛ فالإخوة أولى ألاَّ يُنْقِصُوهُ.

وأصحاب الفرائض الَّذِينَ يَرِثُونَ مع الجد، والإخوة ـ سِتَّةٌ: البنتُ، وبنتُ الابنِ، والأم، والجَدَّةُ، والزوجُ، والزوجةُ، فإن كان الفرضُ قدر النصف أو أقل ـ فالجدُّ يقاسمُ أختاً وأُخْتَيْنِ وثلاث أخوات، أو أخاً وأُخْتاً، فإن زَادُوا فللجدِّ ثُلُثُ ما يَبْقَىٰ، وعليه تُخَرَّجُ مسألةُ «الْخَرْقَاءِ»[1]، وهي أمٌّ، وجَدٌّ وأُختٌ ـ فللأم الثُّلُثُ، والباقي بين الْجَدِّ والأخت؛ للذَّكر مِثْلُ حَظِّ الأنثيين.

= فللبنتين الثلثان. وللزوج الربع. والمسألة من اثني عشر ومجموعها أحد عشر فيبقى واحد وهو نصف السدس. فيعال للجد بتمام السدس إلى ثلاثة عشر ويسقط الأخ في هذه الصورة لأنه عصبة لم يبق له شيء.

وفي هذه الأحوال الثلاثة لو كان موضع الأخ إخوة اثنان فأكثر. أو أخوات أو إخوة وأخوات كذلك ـ لسقطوا كلهم وكذا لو كان بدله أخت لسقطت إلا في الأكدرية.

وصورتها:

أخت شقيقة أو لأب. وزوج. وأم. وجد.

فللزوج النصف. وللأم الثلث. وأصلها من ستة للزوج ثلاثة. وللأم اثنان يبقى واحد وهو قدر السدس فيأخذه الجد. فكان مقتضى ما سبق أن تسقط الأخت كما هو مذهب الحنفية:

ولكن مذهبنا ومذهب المالكية والحنابلة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أن يفرض لها النصف. وهو ثلاثة من ستة فتعول إلى تسعة. ثم يضم حصة الجد إلى حصته الأخت ويقتسمان لأنها لو استقلت بما فرض لها لزادت على الجد فترد بعد الفرض إلى التعصيب بالجد لكن المسألة لا تنقسم أثلاثاً فنضرب ثلاثة في تسعة وهي المسألة بعولها تبلغ سبعة وعشرين للزوج تسعة وللأم ستة. وللجد مع الأخت الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين فله ثمانية ولها أربعة».

ينظر كلام شيخنا: وهبة إبراهيم في المواريث.

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٥٢).

أصلُهما من ثَلاَثَةٍ، وتصحُ من تسعة وهذا مذهبنا، وهوَ قولُ زيد.

سميت هذه خَرْقاءَ؛ يتخرق من قولُ الصَّحابة فيها، فعند الصديق: للأم الثُّلُثُ، والباقي للجدِّ، وقال عُمَرُ: للأختِ النصف، وللأمِّ ثُلُثُ ما يَبْقَىٰ، والباقي لِلْجَدِّ.

وعند علي: للأختِ النصفُ، وللأمِّ الثلثُ، وللجدِّ السُّدُسُ.

وتسمى هذه المسألة «مُثلَّثةُ عثمان»؛ فإنه يقول: لكل واحدٍ منهم الثُّلُثُ، وتسمى «مُرَبَّعَةُ ابْنِ مسعودٍ»؛ فإنه يقول: للأخت النِّصْفُ، والباقي بين الأم والجد نِصْفَانِ.

وإن كان الفرضُ أكبرَ من النِّصْفِ، ودون الثُّلُثَيْنِ ـ فالجدُّ يُقَاسِمُ أختاً وأختين، أو أخاً، فإن زادوا فللجد السُّدُسُ، وإن كان الفرضُ قدر الثُّلثين ـ فالجدُّ يُقَاسِمُ أختاً واحدةً. فإن زَادَ عليها فللجدِّ السُّدُسُ، وإن زاد الفرضُ على الثلثين ـ فللجدِّ السُّدُسُ أبداً.

بيانهُ: ماتت امرأةٌ عن بنت، وزوج، وجد، وأختٍ.

المسألة من اثني عشر: للبنت النِّصْفُ، وللزَّوج الرُّبُعُ، وللجدِّ السُدُسُ، بقي سهم واحد للأخت، فإن كان فيها ابنتان ـ فلهما الثُّلُثَانِ، وللزوج الربعُ، وللجد السُّدُسُ، تعول إلى ثلاثة عشر، ولا شيء للأخت؛ لأنها مع البنت عَصَبَةٌ، فلا تعال لأجلها المسألةُ.

ولا يفرض للأخت مع الجد، ولا تُعَالُ المسألةُ لأجلها، إلا في مسألة الأَكْدَرِيَّة[1]، وهي زوج، وأم، وجد، وأخت لأب وأم أو لأب فالمسألةُ من ستَّةٌ: للزَّوج النصف، وللأمِّ الثُّلُثُ، وللجد السُّدُسُ، وللأخت النِّصْفُ؛ تعول المسألةُ بنصفها إلى تِسْعةٍ، ثم يصير نصيبُ الأخت إلى نَصِيبِ الْجَدِّ، فيجعل بينهما؛ لِلذَّكَر مثلُ حَظِّ الأنثيين، وأربعة لا تَسْتَقِيمُ على ثَلاَثَةٍ، فيضرب ثلاثة من أصل المسألة، وعولها وهي تسعة، فتصير سبع وعشرين، للزوج تِسْعَةٌ، وللأم سِتَّةٌ، يبقى اثْنَا عَشَرَ ثمانية للجد، وأربعة للأخت.

سميت هذه «أَكْدَرِيَّةً»؛ لأن امرأة من أَكْدَرَ ماتَت عن هَؤُلاَءِ.

وقيل: لَتَكَدُّرِ قولِ زَيْدٍ فيها؛ فإنه ترك أصله في هذه المسألة في موضعين:

أحدهما: أنه فَرَضَ للأخت مع الْجَدِّ.

والثاني: أنه أعالَ المسألة من أجلها، وأصله ألاَّ يفرض للأخت مع الجد، ولا تُعَالُ المسألة من أجلها.

---

(١) الأكدرية: الكَدَرُ: ضد الصفو، يقال: كَدُر الماء يكدُر ـ بالضم ـ كدورة، وكذلك تكدَّر، وكدَّره غيره، ويقال: إن اسم المرأة في المسألة: أكدرية، فنسبت إليها.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٢٥).

وقيل: لتكدُّر قولِ الصحابة، وكثرة اختلافهم فيها، فعند الصديق: للزَّوْجِ النصف، وللأمِّ الثُّلُثُ، والباقي لِلْجَدِّ.

وعند علي: تُعَالُ المسألةُ كما قلنا، ولكن يترك للأخت ما فُرِضَ لَهَا.

وعند ابن مسعودٍ: للزوجِ النِّصْفُ، وللأمِّ ثلثُ ما يبقى، وللجد السُّدُسُ، وللأختِ النِّصْفُ؛ تَعُولُ المسألةُ إلى ثمانية.

فإن كان في الأَكْدَرِيَّةِ مكان الأخت أَخٌ ـ فلا شيْءَ له؛ لأنه ليس ممن يُفرِضُ له، وإن كان أُخْتَانِ: فللزوج النِّصْفُ، وللأمِّ السُّدُسُ، وللجد السُّدُسُ، والباقي لِلأُخْتَيْنِ، ولا تُعَالُ.

ولو كان مكان الزوج ابنتان ـ فلهما الثُّلُثَانِ، وللأمِّ السُّدُسُ، وللجدِّ السدس، ولا شيء للأخت؛ لأنها مع البنت عَصَبَةٌ بكلِّ حَالٍ.

والإخوة، والأخوات للأبِ والأمِّ يعادون الجدَّ بالإخوة والأخوات للأبِ، ثم إن كان ولدُ الأب والأم ذكراً، أخذ ما بَقِيَ بعد نَصِيبِ الجدِّ، ولا شيء لأولاد الأب، وإن كان ولد الأب والأم أُنثَىٰ؛ فإن كان الباقي بعد نَصِيبِ الجـدِّ ـ قدر فرضها أو أقل ـ أَخَذَتِ الْبَاقِي، ولا شيء لِوَلَدِ الأب، وإن كان أكبر من فَرْضِهَا أَخَذَتْ قدر فرضها، والباقي لولد الأب.

بيانه: ماتت عن جد وأخ لأب وأم، وأخ لأب ـ فَلِلْجَدِّ الثُّلُثُ، والباقِي للأخِ للأبِ والأم؛ لأنهما في مُقَاسَمَةِ الجد يَسْتَوِيَانِ، فاشتركا في رَدِّ الجد إلى الثُّلُثِ، ثم الأخ للأب والأم يَأْخُذُ الباقي؛ لأن الأخ للأب لا يشاركه في الميراثِ، بل يُسْقِطُهُ.

ولو مات عن جَدٍّ وأخت لأب وأم، وأخت لأب ـ فعلى أربعَةَ ـ أَسْهُمٍ: سَهْمَانِ للجدِّ، وَسَهْمَانِ للأختِ للأبِ والأم.

ولو مَاتَ عن جدٍّ، وأخت لأب وأم، وأخ لأب ـ فللجد سَهْمَانِ من خمسةً، وللأخت للأب والأم النصف سهمان، ونصف، ووجهه الصحيح أن نضرب أَقَلَّ عَدَدٍ له نِصْفٌ صحيحٌ، وهو إثنان من خمسة؛ فتصير عشرة: للجد أربعةٌ، وللأخـت لـلأب والأم خمسةٌ، والباقي للأخ للأب، فإن كان فيها أُخْتَانِ لأب، فَسَهْمٌ وَاحِدٌ لا يستقيمُ على اثنين، يضرب اثنين في عشرة فتصح من عشرين، وإن كان فيها أَخٌ وأختٌ لأب فللجدِّ الثُّلُثُ: سَهْمَانِ من ستة، وللأخت للأب والأم النِّصْفُ، بَقِيَ سَهْمٌ وَاحِدٌ بيـن الأخ والأخت للأب لِلذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيـين، فتضرب ثلاثة في ستة؛ فتصير ثمانية عشر فمنها يَصِحُّ.

وعند علي، وابن مسعود: لا معادة، وَيَسْقُطُ أولادُ الأبِ.

فَصْلٌ فِي الْوَلَاءِ[١]

روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن رسولَ الله ﷺ قال: «إِنَّما الْوَلَاءُ لِمنْ أَعْتَقَ»[٢]. إذا لم يكن للميت أَحَدٌ من عَصَبَاتِ النَّسَبِ، وعليه وَلَاءٌ ـ فَميراثُهُ لمعتِقِهِ، سواء كان المعتِق رجلاً أو امرأة فإن لم يكن المعتِقَ حيّاً فلعصبةُ معتِقه، فتوريثُ عَصَبَاتِ الْوَلَاءِ كتوريث عَصَبَاتِ النَّسَبِ إلا في سبع مسائل.

إحداها: أن ابن المعتِق وَأَخَاهُ لا يُعَصِّبُ ابنة المعتق وأخته، بل الميراثُ للابن أو للأخ؛ لأن النِّسَاءَ إنما يَرِثْنَ مع الْقُرْبِ، ولا يَرِثْنَ مع البُعد؛ ألا ترى أن ابنة الأخ والعمة لا يَرِثَانِ، فابنة المعتِقِ وأخته أبعدُ منهما.

الثَّانية: إذا كان للمعتِق جَدٌّ، وأَخٌ لأب وأم، أو لأب ـ ففيه قولان:

أصحُّهما: هما سواء كما في النَّسَبِ؛ وبه قال الأوزاعيُّ.

والثاني: الأخ أولى؛ وبه قال مالك؛ لأنه يُدلي بالبنوة، والجد بالأبوة، والابن أَوْلَىٰ من الأب؛ فكذلك من يدلي بالبنوة كان أَوْلَىٰ.

وتركنا هذا القياس في النَّسَبِ؛ لإجماعِ الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ على أن الأَخَ لا يَحْجُبُ الجَدَّ.

فإن قلنا: هما سواء؛ فالجد أولى من ابن الأخ، والأخ أولى من أب الجد، ويستوي أَبُ الجَدِّ مع ابنِ الأخِ.

---

(١) الولاء لغة: من أثار العتق، مأخوذ من الولي بمعنى القرابة، يقال: بينهما ولاء: أي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ومنه قوله عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، وقيل: الولاء والولاية بالفتح النُّصرة وفي الصحاح: الولاء ولاء المعتق وفي الحديث: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته» والولاء: الموالون. والموالاةُ ضد المعاداة، والمعاداة والعداوة بمعنى واحد.

انظر: الصحاح ٦/ ٢٥٣٠.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالاة وأيضاً بأنه تناصر يوجب الإرث والعقل والولاء عند الحنفية نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة.

عرفه الشافعية بأنه: عصوبة ناشئة أخوية حدثت بعد زوال ملك متراخية عن عصوبة النسب تقتضي للمعتق وعصبته الإرث وولاية النكاح والصلاة عليه والعقل عنه.

عرفه المالكية بأنه: لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب.

وعرفه الحنابلة بأنه: ثبوت حكم شرعي بعتق أو تعاطي.

انظر: شرح فتح القدير ٩/ ٢١٨، الاختيار ٣/ ٢١١، نهاية المحتاج ٨/ ٣٩٤، الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤١٥، الشرح الصغير ٤/ ١٧٧، كشاف القناع ٤/ ٤٩٨.

(٢) تقدم تخريجه وهو حديث كل شرط ليس في كتاب الله فليس بشرط وإن كان مائة شرط.

وإن قلنا: الأخ أَوْلَىٰ فابنُ الأخ ـ وإن سَفَلَ ـ أَوْلَىٰ من الجد، كما أن ابن الابن ـ وإن سفل ـ أَوْلَىٰ من الأبِ.

الثالثة: أن في النَّسَبِ أبُ الجدِّ ـ وإن علا ـ أَوْلَىٰ من ابن الأخ، وحَصَلَ في الْوَلاَءِ قولان:

أصحهما: هما سواء.

والثاني: ابن الأخ أَوْلَىٰ.

الرابعة: أنه في النَّسَبِ أبُ الجد ـ [وإن علا](١) ـ أَوْلَىٰ من العمِّ، وفي الولاء قولان:

أصحهما: هما سواء.

والثاني: العم أولى؛ لأنه يُدلي بالبنوة، ولا يختلف القول أن جدَّ المعتق أَوْلَىٰ من عمِّهِ كما في النَّسَبِ؛ لأن العم يُدلي بالجد، وفي جَدِّ الجدِّ، وعم الأب قولان:

الخامسة: أن في النَّسَبِ الجد يقاسم الإخوة، ما دامت المُقَاسَمَةُ خيراً له من الثُلُث، فإن كان الثُّلُثُ خيراً أَخَذَ الثُّلُثَ.

وفي الولاء إن قلنا: هما سواء يقتسمان أبداً؛ لأن الولاءَ لا يُفْرَضُ [فيه](٢).

السادسة: أن في الولاء الإخوة للأب والأم **لا** يعادون الجدَّ بالإخوة للأب، بل إن كان للمعتق جَدٌّ، وأخ لأب وأم، وأخ لأب يُجعل الأخ للأب كالمعدوم؛ فالمالُ بين الجدِّ والأخِ للأب والأم نصفان، على أَصَحِّ القولين:

وعلى الثاني: كُلُّهُ للأخ للأب والأم، وكذلك إذا كان للمعتق أب، وجد، وعمان؛ أحدهما لأب وأم، والآخر لأب فالمالُ بين أب **الجد**، والعم للأب والأمِ نِصْفَانِ على أَصَحِّ القولين.

وعلى الثاني: كُلُّه للعم للأب والأم.

السابعة: أن في النَّسَب إذا كان للميت ابنا عم؛ أحدهما أخ لأم؛ فللذي هو أَخٌ لأمٍّ السُّدُسُ، والباقي بينهما.

وفي الولاء إذا كان للمعتق ابنا عمٍّ أحدهما أخوه لأمه ـ نَصَّ الشَّافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ على أن المالَ كُلَّهُ للذي هو أَخٌ لأم؛ لأنه تفرد بأخوة الأم، ولا يمكن توريثه بها على الانفرادِ، ويترجح(٣) جانبه بها؛ كما لو مات عن أخ لأب وأم، وأخ لأب ـ كان المالُ للأخ للأب والأم؛

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: فترجح.

لزيادة أُخُوَّة الأمِّ، حتى فرعوا عليه فقالوا:

لو مات عن بنت وَابْنَيْ عَمٍّ؛ أحدهما أخ لأم ـ فللبنت النصف، والباقي لابن العم الذي هو أخ لأم؛ لأنه لا يرثُ بأخوة الأم لمكانِ الْبِنْتِ.

وفي المسألتين وَجْهٌ آخر، وهو القياس: أن في المسألة الأولى المال بين ابْنَيْ عَمٍّ المعتق نِصْفَانِ.

وفي الثانية: الباقي بعد نَصِيبِ البنت لابني العم نِصْفَانِ، ولا يترجح بِأُخُوَّةِ الأم، بخلاف الأخ للأب والأم ـ كان أولى من الأخ للأب؛ لأن الأُخوةِ من جنس الأُخوةِ فصلحت للترجيح عند الاجتماع، وليست من جنس العمومة؛ فلا يقع بها الترجيحُ.

فإن لم يكن أحد من عَصَبَاتِ المعتَق ـ فالميراثُ لمعتق المعتَق ثم لِعَصَباتِهِ، ثم لمعتَق معتَق المعتَق ثم لِعَصَبَاتِهِ.

ولا ميراث لمعتَق عصبةِ الميت إلا لمعتَق أبيه، أو لمعتَق جده ـ وإن علا.

وكذلك معتق عصبات المعتق لا يرث إلا معتق أب المعتق، أو معتق جده؛ فإن من أعتق عبداً ثبت له الْوَلاَءُ على أولاده ذكوراً كانوا، أو إناثاً، وعلى أولاد بَنِيه ـ وإن سَفَلُوا.

ولا تثبت على أولاد بناته إلا أن يكون أبوهم رقيقاً؛ فيثبت الولاء لموالي الأم، ثم إذا عتق الأب فيجر إلى مَوَالي الأب.

وكذلك من أعتق أَمَةً يثبت له الْوَلاَءُ عليها، ولا يثبت على أولادها، إلا أن يكون أبوهم رقيقاً؛ فيثبت الولاء لِمُعْتِقِ الأم، ثم إذا عتق الأب ينجرُّ إليه.

وإنما يثبت الولاءُ عليه لِمُعْتِقِ الأب، إذا لم يكن عليه ولاء لغيره، [وإلا][1] فإن كان الميتُ عَتِيقَ شخصٍ، وأبوه عَتِيقَ غيره ـ فلا ولاء عليه لِمَوَالِي أبيه، وكذلك إذا كان هو حرَّ الأصل، وأبوه مُعْتَقَ إِنْسَانٍ، وجدُّه مُعْتَقَ غيره ـ فلا وَلاَءَ عليه لموالي جده؛ إنما الْوَلاَءُ عليه لِمُعْتِقِ أبيه، ثم لِعَصَبَاتِهِ، ثم لِمُعْتِقِ مُعْتِقِ أبيه، ثم لِعَصَبَاتِهِ؛ فإن لم يكن منهم أَحَدٌ فالمال لبيت المال، ولا شيء لموالي الْجَدِّ.

والمرأةُ لا ترثُ بالولاء إلاَّ من مُعْتَقِهَا، أو مَنْ ينتمي إلى مُعْتَقِهَا بولاء أو نسب، حتى تَرِثَ من أولاد مُعْتَقِهَا: ذكوراً كانوا أو إناثاً وأولاد بني معتَقها، ومن معتَق معتِقها، وأولاده، وأولاد بنيه كالرجل، ولا ميراث للمولى[2] الأسفل.

(١) سقط في د.

(٢) في د: لموالي.

وقال شريحٌ وطاوس: يثبت.

قلنا: الشَّرْعُ أثبتَ الولاءَ للمعتِق؛ لما لَهُ على المعتَق من نعمة الإعتاق، ولا نعمة للمعتَق على المعتِقَ؛ فلا يثبت له الْوَلاَءُ؛ فإن كان كُلُّ واحدٍ معتق صاحبه يَتَوَارَثَانِ؛ مثل إن أعتق ذِمِّيٌّ عبداً، ثم نقض السيد العهد فسباه مُعْتِقُهُ وأعتَقَهُ فكل واحد منهما يَرِثُ صاحبه بالولاء.

ولو سَبَاهُ غيرُ معتِقه وأعتقه ـ يثبت لِلسَّابِي عليه الولاء، وعلى المعتِقِ الأول؛ لأنه معتَقِ معتِقِه.

ولا يثبت الولاء بِعَقْدِ الموالاةِ، خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن النبي ـ ﷺ ـ قال: «إِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، فنفى ثُبُوتَ الولاء لغير الْمُعْتِقِ.

ولو التقط صبيًا، أو أسلم رجل على يديه ـ لا يثبت له الولاءُ عليه.

وقال إسحاق: إذا أَسْلَمَ على يديه رجل ـ يثبتُ له عليه الولاءُ.

ولو أَعْتَقَ مُسْلِمٌ عَبْداً كَافِراً، أو كافرَ مُسْلِماً ـ يثبت له الولاءُ عليه، وإن لم يرثه؛ لاختلاف الدِّينِ؛ كما أن النَّسب يَثْبُتُ مع اختلافِ الدِّينِ، وإن لم يثبت الميراث.

وعند[1] مالك: لا يثبت الولاءُ مع اختلاف الدِّينِ.

ولو أعتق كافرٌ عبداً مسلماً، ثم مات المعتَق بعدما أسلم المعتِق ـ وَرِثَهُ، وإن لم يكُنْ أسلم فميراثهُ لمن كان مسلماً من عَصَبَاتِ معتِقه، يقدم أقربهم به من المسلمين.

ولو أعتق كافر عبداً كافراً، ومات المعتِقَ عن ابنين مسلم وكافر، ثم مات المعتَق، فإن مات كافراً فميراثه للابن الكافرِ، وإن مات مُسْلِماً فللابن المسلم؛ لأن ميراثَ العتيق يُصْرَفُ إلى من يكون عَصَبَةً للمعتِق، لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفته.

فَصْلٌ فِي الْحِسَابِ

أصولُ حساب الفرائض المحدودة سبعة: اثنان، وأربعةٍ، وثمانية، وثلاثة، وستة، واثنا عشر وأربعة وعشرون. فإن لم يكن [في المسألة][2] إلا النِّصف فهي من اثنين؛ فإن كان فيها رُبُعٌ فمن أربعةٍ، وإن كان فيها ثُمُنٌ فمن ثمانية، فإن كان فيها ثُلُثٌ أو ثُلُثَانِ فمن ثَلاَثَةٍ، وإن كان فيها سُدُسٌ أو ثلث ونصف فَمِنْ ستة.

وإذا اجتمع مع الربع سُدُسٌ أو ثلث أو ثلثان فمن اثني عشر، فإذا اجتمع مع الثُّمُنِ سُدُسٌ

---

(١) في د: وقال.

(٢) سقط في د.

أو ثلثان فمن أربع وعشرين، ولا يتصور اجتماع الثُّمن والثُّلث، وإذا احتجت إلى ثلث ما يبقى، ولم يكن لما بقي ثُلُثٌ صحيح - فاضرب ثلاثة في أَصْلِ المسألة - فمنه تُخَرَّج.

ثم ثلاثة من هذه الأصول عائلة: ستة، واثنا عشر، وأربع وعشرون.

والعولُ[1]: هو أن المال إذا ضاق عن سِهَامِ ذَوِي الفروضِ - يُسَمَّى لكلِّ واحدٍ منهم فَرْضُهُ، وتُعال المسألة فيدخل النقص على كل واحد بقدر فَرْضِهِ؛ لأنها حُقُوقٌ مقدرةٌ منفقة في الوجوب، ضاقت التَّرِكَةُ عن جميعها، فتقسم التركة على قدرها؛ كالديون إذا اجتمعت، وضاق عنها المال - قُسِمَ المالُ على قَدْرِ حقوقهم.

أما الستة تعول أربع مرات متواليات: تعول بِسُدُسِهَا إلى سبعة، وبثلثها إلى ثمانية، وبنصفها إلى تسعة، وبثلثيها إلى عشرة، ولا يتصور العول مع الابن بحال، وهي أكثرُ ما تعول إليها الْفَرَائِضُ.

مثال العول إلى سبعة: زوج وأختان لأب وأم ولأب.

ومثال العول إلى ثمانية هؤلاء وأم، أو زوج وأخت وأم.

ومثال العول إلى تسعة: زوج وأختان لأب وأم، وأختان لأم.

ومثالُ العولِ إلى عشرة: زوج وأم وأختان للأم،وأختان لأب وأم،وتسمى هذه المسألة «أم الفروج»؛ لكثرة السِّهام العائلة فيها.

وتُسَمَّى «الشُرَيْحِيَّةَ»؛ لأنها وقعت في أيام شريح فقضى بها.

ومتى عالت إلى ثمانية، أو إلى تسعة، أو إلى عشرة، لا يكون الميِّت إلا امرأةً.

وأما اثنا عشر تعولُ ثلاث مَرَّاتٍ أوتاراً:

تعول بنصف سدسها إلى ثلاثة عشر، وبربعها إلى خمسةٍ عشر، وبربعها وسُدسها إلى سبعة عشر.

مثالُ العول إلى ثلاثة عشر: زوجة وأختان وأم، ومثال العول إلى خمسة عشر: زوجة وأختان لأم، وأختان لأب وأم. ومثال العَوْل إلى سبعة عشر هؤلاء وأم، وعليها مسألة

---

(١) العَوْلُ: «أعيلت الفريضة وعالت؛ أي: ارتفعت، فزاده» سهماً؛ فيدخل النقص على أهل الفرائض.
وقال أبو عبيد: أظنه من الميل، قال أبو طالب: [من الطويل]

بميزان صدق لا يغلُّ شعيرة ... له شاهد من نفسه غير عائل

وأكثر ما تعول إليه؛ أي: ترتفع وتزيد - من الستة إلى العشرة ونحو ذلك.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٢٢).

الأَرَامِلِ، وهي ثلاث زوجات وجدَّتان، وأربع أخوات لأم، وثمان أخوات لأب وأم.

سُمِّيت أَرَامِلَ؛ لأنهن نساء لا رجل معهن، فهذا رجل مات عن سبعة عشر امرأة وَارِثَاتٍ، أصاب كل واحدة مثل ما أَصَابَ الأُخْرَىٰ.

ومتى عالت إلى سبعة عشر، فالميت ذكر بكل حال، وأما أربع وعشرون تعول مرة واحدة بثمنها إلى سَبْعٍ وَعِشْرِينَ.

مثاله: زوجة وابنتان وأبوان يصير فيه ثمن المرأة في الحقيقة تسعاً، والميت فيه ذكر بِكل حال، وتسمى هذه «المسألة المنْبَرِيَّة»؛ لأنه سُئِلَ عنها علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - على المنبر فأجاب عنها.

وقال: صار ثمنها تسعاً.

ثم الطريق في تصحيح المسائل: إن كانت الورثةُ كُلُّهُمْ عصبةً، فأقسم المال على عدد رؤوسهم إن كانوا ذكوراً، وإن كان بعضُهم إناثاً، فاجعلَ رَأْسَ كُلِّ ذكر كَرَأْسَيْنِ، وإن كانوا أصحاب فرائض، أو أصحاب فرائض وعصبة - فضع أصل المسألة على الفرائض، وَأَعْطِ كُلَّ ذي فرص فَرْضَهُ، وأعطِ الفضل العصبة، فإن انكسر سهامُ بعضهم عليهم، فاطلب الموافقة بين سِهَامِ انْكَسَرَ سهامُهم عليهم، ومن عدد رؤوسهم، فإن لم يكن بينهم مُوَافَقَةٌ بجزء صحيح فاضرب عَدَدَ رؤوسهم في أَصْلِ المسألة، وعولها إن كانت عائلةً، فإلى حيث - يبلغ[1] تصحُّ منه المسألةُ، وإن كان بينهم مُوَافَقَةٌ بجزء صحيح - فَخُذْ أقلَّ جزء الوفق من عدد الرؤوس، اضربه في أَصْلِ المسألةِ وعولها.

بيانه: ماتت امرأة عن زوج، وست أخوات لأب وأم، وأختين لأم.

أصل المسألة من ستة تعول إلى تسعة؛ فللأخوات للأب والأم أَرْبَعَةٌ، لا تستقيم على سِتَّةٍ، وفيها موافقة بالنصف، فخذ الوفق من عدد الرؤوس وهو ثلاثة، فَاضْرِبْهَا في أصل المسألة وعولها وهي تسعة، فتصير سبعاً وعشرين، ثم إذا أردت مَعْرِفَةَ تصيب كُلِّ واحد من الورثة في ذلك المبلغ - فاضرب ما كان له من أصل المسألة في الْكَسْرِ[2]؛ فللزوج ثلاثة مضروبة في ثلاثة؛ فتكون [تسعة، وللأخوات للأب والأم أربعة مضروبة في ثلاثة تكون اثني عشر][3]؛ لكلِّ واحدة سهم، وللأختين للأم سهمان مَضْرُوبان في ثلاثة، فتكون ستة لكل واحدة ثلاثة، وإن كان في المسألة كسران، فاطلب الموافقة بين السِّهَامِ وعدد الرؤوس في كُلِّ كسر كما وصفنا، فإن وجدت وفقاً فخذْ أقلَّ جُزْءِ الوفق من عدد الرؤوس، وإن لم تجد وفقاً

---

(١) في د: بلغ.

(٢) في د: الكثير.

(٣) سقط في د.

فخذ عَدَدَ الرؤوس، ثم قَابِلْ أَحَدَ الْكَسْرَيْنِ بالآخر، فإن كانا متماثلين فَأَسْقِطْ أحدهما، واضرب الآخر في أصل المسألة وعولها، وإن كانا مُتَدَاخِلَيْنِ ـ وهو أن يَنْقَسِمَ الأكبرُ على الأقلِّ انقساماً صحيحاً ـ فأسقط الأقَلَّ، واضرب الأكبر في أَصْلِ المسألة وعولها، وإن كانا موافقين فَاضْرِبْ أَقَلَّ جزء الوفق من أيهما شِئْتَ في جميع الآخر؛ مثل أربعة، وستة بينهما موافقة بالنِّصْفِ، فاضرب نِصْفَ أيهما شئت في جَمِيعِ الآخر؛ فيكون اثني عشر، ثم اضْرِبْ ذلك المبلغ في أَصْلِ المسألةِ وعولها.

وإن كان الكسران مُتَبَايِنَيْنِ؛ مثل ثلاثة وأربعة، أو ثلاثة وخمسة، ونحوها ـ فاض أَحَدُهُمَا في الآخر، ثم اضرب المبلغ في أَصْلِ المسألة وعولها.

وإن كان في المسألة ثلاثة كسور، [أو أربعة كسور][1]، ولا يزيد الكسر على أربعة، فبعد طلب الْمُوَافَقَةِ بين السِّهَامِ، وعددِ الرؤوس ـ خُذْ منها كَسْرَيْنِ، وقابلْ أحدهما بالآخر، وإن كانا متماثلين فَأَسْقِطْ أَحَدهما، وإن كانا متداخلين فَأَسْقِطِ الأقلَّ، وإن كانا موافقين فاضرب وفق أحدهما في الآخرِ، وإن كانا متباينين فاضرب أحدهما في الآخر، ثم قَابِلِ المبلغَ بِالْكَسْرِ الثَّالِثِ، وافعل بهما ما ذكرنا، ثم قابل مبلغ الكسور الثلاث بالرابع، ثم اضْرِبْ مبلغَ الكسور في أَصْلِ المسألةِ، وَعَوِّلْها إن كانت عائلة.

بيانه: مات عن زوجتين، وثلاث جدات، وخمس أخوات لأب، وأم، وسبع أخوات لأم.

أصل المسألة: من اثني عشر، تَعُولُ إلى سبعة عشر للزَّوجتين ثلاثة. لا تستقيم[2] على اثنتين، وللجدات سَهْمَانِ لا يستقيمان على ثلاثة، وللأخوات للأب والأم ثمانية، فلا تستقيم على خمسة، وللأخوات للأم أربعة لا تستقيم على سَبْعَةٍ، ففيهما أربع كسور متباينة، تضرب اثنين في ثلاثة؛ فتصير ستة، وتضرب ستة في خمسة؛ فتصير ثلاثين، وتضرب ثلاثين في سبعة فتصير مائتين وعشرة، ثم تضرب مائتين وعشرة في أصل المسألة، وعولها وهي سبعة عشر؛ فتصير ثلاثة آلاف وخمسمائة وسبعين، ثم إذا أَرَدْتَ معرفةَ نصيب كُلِّ طائفةٍ ـ فَاضْرِبْ ما كان لهم في سبعة عشر في مبلغ الكُسُورِ، وهو مائتان وعشرة.

فَصْلُ المنَاسَخَةِ

إذا مات رَجُلٌ عن عدد من الْوَرَثَةِ، ثم مات وَاحِدٌ منهم قبل قسمة التَّرِكَةِ ـ فانظر:

(١) سقط في د.

(٢) في د: تنقسم.

إن كان وَرَثَةُ الميتِ الثَّاني هم ورثة الميتِ الأول، يَرِثُونَ منهما بجهة التَّعْصِيبِ ـ فَاقْسِمِ التَّرِكَةَ عليهم، واجعل كأن الميت الثَّاني لم يكن؛ مثل: إن مات عن أربع إخوة، وأخت ـ فالمال بينهم على تسعة أَسْهُمٍ، فلو مات واحد من الإخوة قبل قِسْمَةِ التَّرِكَةِ ـ ولا وَارِثَ له سوى هَؤُلاَءِ ـ فاقسم المالَ على سَبْعَةِ أَسْهُمٍ، فإن مات آخر فاقسم على خمسة أَسْهُمٍ.

وكذلك لو مات عن ثلاث بنين وبنت ـ فالمالُ بينهم على سبعة أَسْهُمٍ فَلَوْ ماتَ واحد من البنين قبل القِسمة فاقسم بينهم على خمسة أسهمٍ. فأما إذا كان ورثةُ الميت الثَّاني أو بعضهم غَيْرَ وَرَثَةِ الميت الأول، أو كانوا وَرَثَةَ المَيِّتِ الأول، لكن فيهم من يرث بالفريضةِ ـ فَالطَّرِيقُ في مَعْرِفَةِ نصيبُ كلِّ واحد منهم من تلك التركة؛ أن نصحح فَرِيضَةَ المَيِّت الأَوَّل، ونأخذ منها نصيب المَيِّت الثاني ثم نصحح فريضة المَيِّت الثاني، ثم نقابل نصيبه من فريضة الأول بفريضته، فإن انقسم عليهم، وإلا فاطلب الموافقة من نصيبه، وفريضته المصححة، فإن وَجَدْتَ بينهما مُوَافَقَةً بجزء صحيح، فَخُذْ أَقَلَّ جُزْءِ الوفق من فريضة الميت الثاني، فَاضْرِبْهُ في فريضة الميت الأول.

وإن لم تجد بينهما موافقةً، فاضرب فَرِيضَة المَيِّت الثَّاني في فريضة الميت الأول][(١)]، فإلى حيث بلغ تصحُّ منه القِسمةُ، ثم مَنْ كان له شَيْءٌ من المسألة الأولى أخذه مَضْرُوباً في المسألةِ الثَّانية أو وفقها، وَمَنْ كان له من الثَّانية شَيْءٌ أخذه مَضْرُوباً في نصيب الميت الثَّاني من الأول، أو وفقه إن كان بين نصيبه وفريضته مُوَافَقَةٌ.

بيانه: مَاتَ عن زَوْجَةٍ، وثلاثِ بنين وبنت، فماتت البنتُ قبل قِسْمَةِ التَّرِكَةِ عن ابنين ـ فمسألةُ المَيِّت الأول تصحُّ من ثمانية، وللبنت منها سَهْمٌ واحد، ومسألة الميت الثاني تصحُّ من اثنين، ونصيبها سَهْمٌ واحد، لا يستقيم على اثنين، فاضرب اثنين في ثمانية؛ فتصير ستة عشر؛ للزوجة اثنان، ولكل ابن أربعة، وللبنت سَهْمَانِ، ولكلِّ واحدٍ من ابنيها من نصيبها سَهْمٌ وَاحِدٌ.

ولو ماتت البنتُ عن أم وثلاث إخوة، وهم وَرَثَةُ الميتِ الأول، فمسألتها من سِتَّة تصحُّ من ثمانية عشر، ونصيبها من الميت الأول سَهْمٌ واحد، لا يستقيم على ثمانية؛ فاضرب ثمانية عشر في فريضة الميت الأول وهي ثمانية؛ فتصير مائةً وأربع وأربعين؛ فللزوجة منها الثُّمُنُ سَهْمٌ مضروب في ثمانية عشر، [فيكون ثمانية عشر][(٢)]، ولكل ابن سَهْمَانِ مضروبان في ثمانية عشر، فيكون ستة وثلاثين، وللبنت ثمانية عشر، فللأم منها السُّدُسُ ثلاثة، بقي خمسة عشر لكل أَخٍ خَمْسَةٌ، فصار لكلِّ أخ أحد وأربعون، وللأم أحد وعشرون.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

ولو مات ثالث قبل قسمة التركة تَصِحُّ فريضةُ الميت الثَّالِثِ، ثم قابل حصته من التَّرِكَتَيْنِ بفريضته المصححة، فإن انقسم، وإلا فاطلب الموافقةَ بين نَصِيبِهِ وَفَرِيضَتِهِ، فإن وجدت موافقة، فاضرب [أَقَلَّ][1] جزء الوفق من فريضته في مبلغ الفريضتين، وإن لم تجد موافقةً، فاضرب فَرِيضَتَهُ في مبلغ الفريضتين، ثم أَعْطِ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ.

وإذا ضبطت فريضةِ المناسخة، وأردت اختصار الْحِسَابِ، فانظر في سِهَامِ الْوَرَثَة، فإن وجدت بين الْكُلِّ موافقةً بجزء صحيح ـ فَخُذْ ذلك الوفق من نَصِيبِ كُلِّ واحدٍ منهم، واقْسِمِ المالَ بينهم على ذلك الْعَدَدِ، وإن لم تجد بينهم موافقةً، أو وجدت بين البعض دون البعض ـ فلا يُتَصَوَّرُ الاختصارُ.

بيانه: مات عن زوجة وبنت وثلاث بنين، ثم مات واحد من البنين، وخلف أمًّا وأخوين وأختاً وهم وَرَثَةُ الميِّت الأول، فمسألة الميت الأول تصحُّ من ثمانية، وَنَصِيبُ الميِّتِ الثَّاني منهما سَهْمَانِ، ومسألة الميت الثاني تَصِحُّ من ستة، فَسَهْمَانِ لا يَسْتَقِيمَانِ[2] على ستة، وبينهما موافقةِ بالنِّصْفِ، فخذ نِصْفَ ستة، وهو ثلاثة فَاضْرِبْهُ في فَرِيضَة الميِّت الأولِ ـ وهي ثمانيةٌ ـ فتصير أربع وعشرين: للزوجة منها الثُّمن ثلاثة، وللبنتِ ثلاثة، ولكلِّ ابْنٍ ستة، ثم من نصيب الميِّت الثاني، وهو ستة: سَهْمٌ للأم، وسَهْمٌ لِلأُخْتِ، ولكل أخ سَهْمَانِ، صار لكل أَخٍ ثمانيةٌ، وللأخت أَرْبَعَةٌ، وللأم أربعة، وبين الأَنْصِبَاءِ كلِّها موافقةٌ بالربع، فخذ رُبُعَ نصيب كُلِّ واحدٍ منهم، فجملته ستة، يصح الاختصار منها؛ للأم سَهْمٌ، وللأخت سَهْمٌ، ولكل أَخٍ سَهْمَانِ.

بَابُ مِيرَاثِ وَلَدِ المُلاَعَنَةِ

إذا نفى رَجُلٌ ولده ـ بِاللِّعَانِ ـ لا يرثُ أحدُهما من الآخر، وكذلك ولد الزِّنَا لا يرثُ من الزَّانِي، ولا الزاني منه؛ لأنه لاَ نَسَبَ بينهما، أما الأم فلا ينقطع عنها نَسَبُ الولدِ، فيتوارثان. فإن مات الولدُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ، والباقي لبيتِ الْمَالِ، فإن كان على الأم وَلاَءٌ ـ فَالْبَاقِي لموالي الأُمِّ وَتَوْأَمَا اللِّعَانِ والزِّنا يَتَوَارَثَانِ بأُخُوَّةِ الأُمِّ.

ولو نفى ولده باللِّعانِ، ثم استلحقه يلحقه، فإن استلحقه بعدما مات أَخَذَ مِيرَاثُهُ، حتى لو كان على الأم وَلاَءٌ، فمات الولدُ، وأخذ موالي الأم مِيرَاثَهُ، ثم استلحقه النافي ـ يَسْتَرِدُّ الْمِيرَاثَ من مَوَالِي الأم، بخلاف ما لو نكح عبد مُعْتِقَتَهُ فأَتَتْ منه بِوَلَدٍ، فمات الولد، وأخذ مَوَالِي الأمِّ ميراثه، ثم عتق الأب ـ انجر الْوَلاَءُ إليه، ولا يسترد الْمِيرَاثُ من موالي الأم؛ لأنه لم

(١) سقط في د.

(٢) في د: ينقسم.

يكن من أَهْلِ الميراثِ حَالَةَ مَوْتِ الولدَ، ولم يكن لمواليه عليه وَلاَءٌ، إنما حدث بِالْعِتْقِ، وولد الزنا لا يلحق الزَّاني بِالاسْتِلْحَاقِ.

بَابُ مِيرَاثِ الْمَجُوسِ

إذا اجتمع في شخص مرتبتان[1] لا يُتَصَوَّرُ اجتماعُهما في الإسلام، بِالْوَطْءِ الحلالِ يَرِثُ بأقواهما، ولا يرثُ بهما؛ وهو قول زيد؛ وبه قال الزهري ومالك ـ رحمة الله عليهما ـ وقال علي ـ رضي الله عنه ـ يرثُ بهما، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ـ رحمة الله عليهما ـ.

فنقُولُ: شخصٌ واحد، فلا يرث بفرضين عن ميت واحد؛ كما لو مات عن أُخْتٍ لأب ولأم، لا يرث بأُخوَّة الأب، وبأُخُوَّةِ الأم معاً][2].

بيانه: مجوسي نكَحَ ابْنَتَهُ، أو مسلم وَطِيءَ ابنتَه بالشُّبهة، فأتت منه بولد ـ فالموطوءة أُمُّ الولدِ وأخته، ترث منه بالأُمُومَةِ الثُّلُثُ؛ لأنها أقوى، فإن الأم لا تُحْجبُ بمال، وَلاَ تَرِثُ بالأخوَّة. ولو مَاتَت الموطوءةُ، والولد أُنْثَىٰ فلها النِّصْفُ بالبنوَّة، ولا شيء لها بِالأُخْوَّةِ.

ولو وطىء ابنته، فأتت ببنت، ثم وَطِيءَ تلك الْبِنْتَ فَأَتَتْ بولد ـ فالموطوءةُ الأولى أُخْتُ هَذَا الولدِ، وجدته، والثانية أمُّه وأختُه، فإذا مَاتَ الولدُ الأخيرُ فلأمِّه الثُّلُثُ، والباقي للأب، ولا شيء للجدَّةِ التي هي أُختٌ؛ لأن الجدةَ تَسْقُطُ بِالأُمِّ، والأخت تَسْقُطُ بالأب، فإن كان الأب ميتاً، فمات الولد ـ فللأم الثُّلُثُ بالأمومة، وللجدَّة النِّصْفُ بالأخوَّة؛ لأن توريثها بالجدودة لا يمكن توريثها بالأخوة، فإن لم تكن الأمُّ حَيَّةً حين مات الولد ـ فَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ، ولا شَيءَ لها بالأخوَّة.

ولو مات عن أُمٍّ هي أخت، وله أُخْتٌ أخرى ـ فللأمِّ الثُّلُثُ، وللأختِ النِّصْفُ، ولا تصير الأمُّ محجوبةً عن الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ بنفسها.

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: للأمِّ السُّدُسُ.

فَصْلٌ في مِيرَاثِ الحَمْلِ[3]

إذا مات عن حَمْلٍ في الْبَطْنِ يُوقَفُ له الميراثُ أكثر ما يكون له، وإن كان نُطْفَةً يوم الموت.

---

(١) في د: قرابتان.

(٢) سقط في د.

(٣) إذا مات شخص وترك حاملاً فحكم الورثة معه كحكمهم مع الخنثى فيعاملون بالآخر لكن من حيث وجوده =

ثم كل مَنْ يصير محجوباً به لو خرج حَيًّا لا يُعْطَىٰ [إليه][(١)] شَيْءٌ ما لم يخرج الجنينُ، فإن خرج حَيًّا، فالمال له، فإن مات في الْحَالِ صُرِفَ إلى وَرَثَتِهِ، استهلَّ[(٢)] أو لم يستهلَّ، بعد أن كانت فيه حَرَكَةٌ تدل على الحياة.

فإن خرج مَيِّتاً فلا ميراث له، بل يصرف إلى وَرَثَةِ الأَبِ، سواء كان يتحرك في البطنِ أو لا يتحركُ، وكذلك لو خرج، وبه اخْتِلَاجٌ أو حركة كحركة الْمَذْبُوحِ ـ فهو كما لو خرج مَيِّتاً، وتلك الحركةُ لا تدلُّ على الحياةِ، بل تكون انتشاراً للخروج عن المضيق، فإن خرج ميتاً بضرب ـ ضَارِب يَجِبُ على الضَّارِبِ الْغُرَّةُ، وتورث الغرة عن الجنين، ولا يورث منه ما وَقَفْنَا له من مِيرَاثِ[(٣)] أبيه؛ لأنا نجعله حَيًّا في حَقِّ الضَّارب خاصة بإيجاب الْغُرَّةِ عليه، كذلك نجعله حَيّاً في توريث الغرة خَاصَّة.

ولو خرج بعضُه حَيًّا، ثم مَاتَ قبل الانفصال ـ فهو كما لو انفصلَ ميتاً، ولا عبرة بحياته قبل تَمَامِ الانفصال، حتى لو خرج بعضُه حَيًّا، ومات قبل خروجه ـ لم يَرِثْ؛ لأنه لا يُعْطَىٰ له حكمُ الحياة حتى ينفصلَ جميعُه حَيًّا، وكذلِكَ لا تنقضي العدةُ بخروج بَعْضِهِ.

ولو خرج بعضُه حيًّا، فَضَرَبَ ضَارِبٌ بطنَها، فَأَسْقَطَتْ ميتاً ـ يجب على الضَّارِبِ الغرةُ.

ولو عتقت الجاريةُ بعد خروج بَعْضِ الولد منها ـ سَرَى الْعِتْقُ إلى الْوَلَدِ.

= وعدمه وانفراده وتعدده وذكورته وأنوثته فمن يحجب منهم ولو ببعض التقادير لا يعطى شيئاً. ومن يختلف نصيبه وهو مقدر يعطى الأقل. ومن لا يختلف نصيبه دفع إليه.

أما من يختلف نصيبه وهو غير مقدر فهو لا يعطى شيئاً لأنه لا ضبط لعدد الحمل عندنا على الأصح.

وأما المشكوك فيه فيوقف إلى وضع الحمل كله حيا حياة مستقرة أو ظهوراً ألا حمل أصلاً ثم يوزع.

وضابط الحياة المستقرة ما يكون معها إبصار باختيار وحركة باختيار بخلاف حركة المذبوح.

وأما مذهب الحنابلة فيقدر الحمل عندهم بأثنين ويعامل الورثة بالآخر بتقدير الذكورة فيهما أو أحدهما أو الأنوثة.

ومذهب الليث بن سعد رحمه الله وإلى يوسف رحمه الله وعليه الفتوى يقدر الحمل واحداً لأنه الغالب ويعامل الورثة بالآخر من تقديري ذكورته وأنوثته.

والأرجح عند المالكية أن توقف القسمة إلى الوضع مطلقاً سواء اختلف نصيب الورثة أم لا: قلنا لا ضابط لعدد الحمل أم لا.

ينظر: كلام شيخنا وهبه إبراهيم في المواريث.

(١) سقط في د.

(٢) اسْتَهَلَّ: ارتفع صوته بالبكاء، وأصله من رؤية الهلال.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٢٤).

(٣) في د: مال.

وأما من لا يصير محجوباً بالجنين لو خَرَجَ حَيًّا، هل يُعْطَىٰ إليه شَيْءٌ قبل خروج الجنين؟ ـ نُظر: إن كان صَاحِبَ فَرْضٍ يُعْطَىٰ أقلَّ فريضة عائلاً، وإن كانوا أولاداً أيضاً يُوقَفُ الْكُلَّ على أصحِّ الوجهين.

وقيل: نقدر الحمل أربعة ذكور، فإن كان الظاهرُ ابنا دفع إليه الخمس؛ وبه قال أبو حنيفة، والأول أَصَحُّ؛ لأن الحملَ قد يكون أَكْبَرَ من أربعٍ.

قال ابن المرزبان: أَسَقَطَتِ امرأةٌ بالأنبارِ كيساً فيه اثنا عشر ولداً.

ولو مات نَصْرَانِيٌّ عن حمل في بطن نَصْرَانِيَّةٍ، ووقفنا الميراث، فَأَسْلَمَتِ الأمُّ، ثم خرج الجنين حَيًّا ـ فالولد مُسْلِمٌ، ويدفعُ إليه ميراثُ أبيه؛ لأنه كان محكوماً بِكُفْرِهِ يوم مَوْتِ[1] الأب، وإن كان نُطْفَةً.

فَصْلٌ في مِيرَاثِ الخُنْثَىٰ[2]

الْخُنْثَىٰ المشكلُ إذا مات له قريب، نُظر: إن كان يرث في إحدى الحالتين دون الأخرى ـ لا يُدْفَعُ إليه شَيْءٌ في الحال، بل يوقف حتى يَظْهَرَ أَمْرُهُ، إن كان يرثُ في الحالتين، ولكن يرثُ في إحدى الحالتينْ أَقَلَّ ـ دُفِعَ إليه الأَقَلُّ؛ لأنه اليقينُ، ويوقف الباقي؛ مثل: إن مات عن وَلَدٍ خُنْثَىٰ دُفِعَ إليه النِّصْفُ؛ لاحتمال أنه أُنْثَىٰ، ويوقف الْبَاقِي.

---

(١) في د: مات.

(٢) الخنثى: إما مشكل وإما غير مشكل:

فالثاني هو من اتضحت ذكورته أو أنوثته ففي الميراث يعطى حكم الذكور إذا اتضحت ذكورته وحكم الإناث إذا اتضحت أنوثته.

وسئل رسول الله ﷺ عن ميراث الخنثى فقال:ـ

«يورث من حيث يبول»

لأن مكان البول تعرف به ذكورته أو أنوثته.

وأما المشكل. فهو من لم تعرف ذكورته أو أنوثته.

وحاصل القول في ميراثه: «أن تقسم التركة بين الورثة وبينه على تقدير إرثهم بأن يعطى كل أقل النصيبين أي نصيب الذكر بتقديره ذكراً ونصيب الأنثى بتقديره أنثى ـ ويوقف الباقي إلى الاتضاح أو الصلح بتساو أو تفاضل.

فإن كان كل من المشكل وغيره لا يرث في أحد التقديرين فلا يعطى شيئاً وكذا إذا كان أحدهما لا يرث في أحد التقديرين فلا يعطى شيئاً أيضاً فإن ورث في الحالتين بالتساوي كولد أمٍّ فأمره واضح لأن له السدس على كل حال.

أما إذا كان يرث الخنثى أو أحد الورثة في حالة دون حالة أو وكـلا ولا بد في صحة الصلح من صيغة =

وإن كانوا جماعةً من الْخَنَاثَىٰ جُعِلَ كُلُّ واحد منهم فيما يَأْخُذُ كَالأُنْثَىٰ، وفي حق شُرَكَائِهِ كالذَّكر، ويوقف الباقي.

ووجه تصحيحه: أن يترك ذلك على اخْتِلَافِ أحوالهم في الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ، فإن كان الْخُنْثَىٰ واحداً: فله حالتان، وللاثنين ثلاثة أحوال، وللثلاث أربعة أحوال، هكذا كلما ازْدَادَ واحدٌ زادت حالة، فتصح الأحوالُ كُلُّهَا، ثم نقابل بين كل حالتين، فإن كانتا متماثلتين تَسْقُطُ إحداهما، أو متداخلتين يسقط الأقلُّ، أو موافقتين يضرب وفق إحداهما في الأخرى، أو متباينتين اضرب إِحداهما بالأخرى.

= الهبة ليحصل ما يقتضي الملك ويفتقر الجهل بالموهوب للضرورة.

الحالتين مع تفاضل لإحداهما عن الأخرى فيوقف نصيبه في الأولى أو الباقي في الثانية كما سبق.

مثال ما إذا كان في المسألة تفاضل:

ابن خنثى مع ابن واضح. فمسألة الذكورة من اثنين. ومسألة الأنوثة من ثلاثة وبينهما تباين. فنضرب إحداهما في الأخرى يحصل ستة وهي الجامعة للمسألتين. فإذا قسمتها على مسألة الذكورة خرج لكل سهم ثلاثة «وهي جزء سهم مسألة الذكورة». وإذا قسمتها على مسألة الأنوثة تخرج للواضح أربعة أسهم وللمشكل بتقدير أنوثته اثنان «وجزء السهم فيها اثنان» بتقدير الواضح اثنيـين؛ ثم نضرب نصيب كل من الورثة من كل من المسألتين في جزء سهمها فيعلم نصيبه بتقدير الذكورة والأنوثة فنعطيه أقل النصيبين فللواضح في مسألة الذكورة: واحد في ثلاثة بثلاثة وله في مسألة الأنوثة اثنان في اثنين بأربعة فيعطى ثلاثة لأنها أقل النصيبين وللخنثى في مسألة الذكورة واحد في ثلاثة بثلاثة ومن مسألة الأنوثة واحد في اثنين باثنين فيعطى اثنين لأنهما أقل النصيبيـن فيصير الوقوف واحداً. فإذا تبينت ذكورة الخنثى أخذه وإن تبينت أنوثته أخذه الواضح.

مثال آخر:

زوج. وأم. وولدي أم. وخنثى لأب.

للزوج النصف عائلاً. وللأم السدس كذلك ولولد الأم الثلث عائلاً ويوقف النصف عائلاً حتى يتضح فإن ظهرت أنوثته أخذ النصف الموقوف وإن اتضحت ذكورته فلا شيء له ويأخذ كل نصيبه بلا عول.

ومسألتهم من ستة وتعول إلى تسعة للزوج النصف عائلاً ثلاثة وللأم السدس واحد ولولدي الأم الثلث اثنان. وتوقف الثلاثة فإذا اتضحت أنوثته أخذ الثلاثة. وإن ظهرت ذكورته فلا.

هذا هو المعتمد من مذهب الشافعية. ومذهب الحنفية يعامل الخنثى وحده بالأضر فإن كان بتقديره ذكراً لا يستحق شيئاً لا يعطى شيئاً وإن كان بتقديره أنثى لا يستحق شيئاً لا يعطى شيئاً. ولا يوقف شيء بل يعطى لباقي الورثة فإن ظهر ما يقتضي خلاف الأخير نقض الحكم الأول كما هو مقتضى القواعد ومذهب المالكية أن للمشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى إن ورث بهما متفاضلاً وإن ورث بأحد التقديرين فقط فله نصف نصيبه وإن ورث بهما متساوياً فيأخذ نصيباً كاملاً وهو نصف مجموع النصيبين.

ومذهب الحنابلة إن لم يرجى اتضاحه فكالمالكية وإن رُجي اتضاحه فكالشافعية يعامل كل من الخنثى والورثة بالأضر.

ينظر: كلام شيخنا. وهبة إبراهيم في المواريث.

بيانه: مات عن وَلَدَيْنِ خنثَيـيْنِ فلها ثلاثة أحوال.

إحداها: أن يكونا ذَكَرَيْنِ، فالمسألة من اثنين.

الثانية: أن يكونا أنثيـين، فالمسألة من ثلاثة.

الثالثة: أن يكون أحدهما ذكراً، فكذلك هي ثلاثة. فتضرب اثنان في ثلاثة؛ فتصير سِتَّةً، فيعطى إليهما أربعة أسْهُمٍ، وَيُوقَفُ سَهْمَانِ؛ فإن بَانَا ذكرين دفع إليهما، وإنَ بَانَ أحدهما ذكراً دفع إليه، وإن بَانَا ابنتين فَلِبَيْتِ الْمَالِ.

وإن كانوا ثَلَاثَ خَنَاثى. دُفع إليهم ثلاثة أخماس المال، وإن كانوا أربعةً فأَرْبَعَةُ أَسْبَاعِهِ على هذا التنزيل.

وإن كانوا وَاضِحِينَ وَخَنَاثَىٰ؛ فإن كان الواضحون أو بعضهم ذُكُوراً ـ جعل الْخُنْثَىٰ فيما يأخذُ كالأنثى، وفيما يعطى إلى الواضحين كالذَّكَر، مثل إن مات عن ابن وولد خُنْثَىٰ دفع إلى الخنثى الثُّلُثُ؛ لاحتمال أنه أُنْثَىٰ، ودُفع إلى الابن النِّصْفُ؛ لاحتمال أن الخنثى ذَكَرٌ، ويوقف الباقي.

وإن كان الواضحون إناثاً:

قال الشيخ رحمه الله: فإن كان عَدَدُ الإناث أكبر من عدد الخناثَى، أو اسْتَوَيَا ـ فلهم الثُّلُثَانِ، ويوقف الباقي. وإن زَادَ عَدَدُ الْخَنَاثَىٰ بواحد ـ نجعل الْخَنَاثَىٰ ذكوراً في حَقِّ البنات، ونعتبر الثُّلثين في حَقِّهِمْ مع أنفسهم، وإن زاد عَدَدُ الْخَنَاثَىٰ بأكثر من وَاحِدٍ ـ جعل الخنثى فيما يأخذ كالأنثى، وفي حَقِّ الآخرين كالذكر.

بيانه: مات عن ابنٍ وَاضِحٍ، وَخُنْثَىٰ ـ أخذ الابنُ النِّصْفَ وَالْخُنْثَىٰ الثُّلُثَ، ووقف السُّدس.

ولو خلف بنتاً وخنثى ـ فلهما الثُّلُثَانِ، ووقف الثلث، فإن بَانَ الخنثى ذكراً فله، وإلاَّ فلبيت المال.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يورث الخنثى بأضر حَالَتَيْهِ، ويُصْرَفُ الباقي إلى سَائِرِ الْوَرَثَةِ، والوقف.

بَابُ ذَوِي الأَرْحَامِ[1]

إذا مَاتَ عن مال، ولا وَارِثَ له من جِهَةِ النَّسَبِ، ولا من جهة الْوَلَاءِ، أو كانوا أصحابَ

---

(١) الرحم في الأصل منبت الولد ووعاؤه ثم سميت القرابة الواصلة من جهة الولاء رحماً لأنها مسببة عنه. =

= وشرعاً كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة.

واعترض بالمحجوب بالوصف الذي ليس من ذوي الأرحام فإنه يصدق عليه أنه قريب ليس بذي سهم ولا عصبة.

وأجيب بأنه في الحقيقة ذو سهم أو عصبة في نفسه وإن كان عدم استحقاقه المال فرضاً وتعصيباً لمانع.

ومن السهل معرفة ذوي الأرحام بعد ما عرفت أصحاب الفروض والعصبات فكل من خرج عنهما ممن يستحق المال فهو من ذوي الأرحام.

وقد اختلف الصحابة والتابعون والفقهاء في توريثهم إذا كان بيت المال موجوداً أو منتظماً:

فذهب الشافعي إلى أن لا ميراث لهم وقال إن بيت المال أولى منهم وهو قول زيد بن ثابت وإحدى الروايتين عن عمر وعليه مالك وأكثر أهل المدينة والأوزاعي وأكثر أهل الشام.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن ذوي الأرحام أولى بالميراث من بيت المال. وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وإحدى الروايتين عن عمر ومن التابعين عمر بن عبد العزيز والحسن البصري وشريح والشعبي وطاوس ومن الفقهاء أهل العراق وأحمد بن حنبل وإسحٰق بن راهويه:

استدل الأولون بوجوه:

الأول: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال:

«إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».

فأشار ﷺ إلى ما في القرآن من المواريث وليس فيه لذوي الأرحام شيء: ولو كان لهم حق لبين. وما كان ربك نسيًّا من جعل لهم حقاً فقد زاد على النص. والزيادة على النص لا تثبت بخبر الواحد. أو القياس:

الثاني: ما رواه عطاء بن يسار: «أتى رجل من أهل البادية فقال يا رسول الله ـ إن رجلاً هلك وترك عمة وخالة. فقال اللهم رجل ترك عمة وخالة ـ ثم سكت هنيهة ـ ثم قال لا أرى نزل علي شيء لا شيء لهما».

وروى زيد بن أسلم عن علي أن النبي ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة فنزل عليه أن لا ميراث لهما».

وأيضاً: روى عمران بن سليمان ـ أن رجلاً مات فأتت بنت أخته النبي ﷺ في الميراث. فقال:

«لا شيء لك ـ اللهم من منعت ممنوع. اللهم من منعت ممنوع».

الثالث: أن مشاركة الأنثى لأخيها أثبت في الميراث من انفرادها ألا ترى أن بنات الابن يسقطن مع البنتين وإن شاركهن ذكر ورثن وصرن له وعصبة. فلما كان بنات الإخوة والأعمام يسقطن مع أخواتهن كان أولى أن يسقطن بانفرادهن.

واستدل الآخرون على مذهبهم بما يأتي:

«١» قوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾.

فلا يجوز منعهم من الميراث وقد جعلهم الله أولى به.

وأجيب عن هذا:

«١» أن المقصود بالآية نسخ التوارث بالحلف والهجرة ولم يرو بها أعيان من تستحق الميراث.

=

. . . .

= «٢» أن قوله «بعضهم أولى ببعض» دليل على أن ما سوى ذلك البعض ليس بأولى لأن التبعيض يمنع الاستيعاب.

«٣» أنه تعالى قال: ﴿في كتاب الله﴾ وكان ذلك مقصوراً على ما فيه وليس لهم فيه ذكر فدل على أنه ليس لهم في الميراث حق.

«٤» أن قوله تعالى: ﴿أولى﴾ محمول على ما سوى الميراث من الحضانة، وما جرى مجراها إذ ليس في الآية ذكر ما هم به أولى.

«ب» ما رواه طاوس عن عائشة ورواه غيره عن عمر رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال:ـ

«الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له».

وما رواه المقداد بن معديكرب عن النبي ﷺ أنه قال: ـ«الخال وارث من لا وارث له».

والجواب عنه: ـ

«١» أن هذا الكلام موضوع في لسان العرب للسلب والنفي لا للإثبات وتقديره أن الحال ليس بوارث كما تقول العرب الجوع طعام من لا طعام له. والدنيا دار من لا دار له. والصبر حيلة من لا حيلة له يعني أنه ليس طعام ولا دار ولا حيلة.

«٢» أنه جعل الميراث للخال الذي يعقل ولا يعقل إلا إذا كان عصبة ونحن نقول بإرث الخال إذا كان عصبة ـ والنزاع في خال ليس بعصبة.

«حـ» روي أنه توفي ثابت بن الدحداح ولم يدع وارثاً فرفع إلى النبي ﷺ. فسأل عنه عاصم بن عدي. هل ترك من أحد؟فقال: ما نعلم يا رسول الله ترك أحداً ـ: فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته».

وروي عن النبي ﷺ أنه قال:

«العم والد إذا لم يكن دونه أب والخالة والدة إذا لم تكن دونها ـ أم».

ورُدّ هذا: ـ

بأن النبي عليه الصلاة والسلام إنما أعطي ابن أخت أبي الدحداح لمصلحة رآها لا ميراثاً. لأنه لما قيل لا وارث له. دفعه إليه.

على أن يجوز أن تكون قضية خاصة قد يخفى سببها فلا يصح ادعاء العموم فيها:

ونظيره ما رواه عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس. أن رجلاً مات ولم يدع وارثاً إلا غلاماً له كان أعتقه فقال رسول الله ﷺ: «هل له أحد؟» قالوا لا ـ إلا غلاماً له كان أعتقه (فقال الرسول ﷺ «هل له أحد؟» قالوا: لا إلا غلاماً).

فجعل ﷺ ميراثه له. ومعلوم أنه لا يستحق ميراثاً لكن فعل ذلك لمصلحة رآها.

ونظيره أيضاً ـ ما رواه عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: ـ مات رجل من خزاعة فأتى النبي ﷺ بميراثه.

فقال: «التمسوا له وارثاً أو ذات رحم» فلم يجدوا له وارثاً ولا ذات رحم فقال ﷺ: «أعطوه الكل من خزاعة» فميز ﷺ بين الوارث والرحم فدل على أن غير وارث ثم أمر بدفع ميراثه إلى الكل من قومه لأنه رأى المصلحة في إعطائهم.

أما الجواب عن حديث «العم والد . . . الخ».

فهو محمول على ما سوى الميراث من الحضانة وإلا فليست الخالة كالأم عند عدمها في الميراث. إذا كان هناك وارث؟

. . . .

= «أ» ولأن كل من أدلى بوارث كان وارثاً كالعصبات وأجيب عنه: -
بالنقص بنت المولى في الولاء فإنها لا ترث مع إدلائها بعاصب وارث.
«هـ» قالوا ولأن ذوي الأرحام شاركوا المسلمين في الإسلام وفضلوهم بالرحم فوجب أن يكونوا أولى منهم بالميراث كالمعتق لما شارك المسلمين في الإسلام وفضل عنهم بالعتق صار أولى منهم بالميراث.
وكالأخ الشقيق لما شارك الأخ للأب وفضله بالأم كان أولى بالإرث: -
والجواب:
النقص بنت المولى - لأنها قد فضلتهم بكونها بنت عاصب مع التساوي في الإسلام ثم لا تقدم عليهم.
على أن المسلمين قد فضلوهم بالتعصيب لأنهم يعقلون فكانوا أولى بالميراث.
«و» قال تعالى:
﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون... الآية﴾.
فقالوا إن العمات والخالات وأولاد البنات والأخوال من الأقربين فوجب دخولهم فيها.
غاية ما في الباب أن قدر ذلك غير مذكور في هذه الآية - لكنا نثبت استحقاقهم لأصل النصيب بها - وأما المقدار فمستفاد من سائر الدلائل.
وأجيب عن هذا بما يأتي:
«١» قال تعالى في آخر الآية ﴿نصيباً مفروضاً﴾ أي مقدراً وبالإجماع ليس لذوي الأرحام نصيب مقدر فثبت أنهم غير داخلين في هذه الآية.
«٢» أن هذه الآية خاصة بالأقربين. فَلِمَ قلتم أن ذوي الأرحام من الأقربين مع أنه لا يصح ذلك؟ لأنه إما أن يكون المراد من الأقربين من كان أقرب من شيء آخر أو من كان أقرب من جميع الأشياء.
والأول باطل لأنه يقتضي دخول أكثر الخلق فيه فإن كل إنسان له نسب مع غيره إما بوجه قريب أو بوجه بعيد وأقله الانتساب إلى آدم عليه السلام. ولا بد أن يكون هو أقرب إليه من ولده إليه فيلزم دخول كل الخلق في هذا النص وهو باطل. ولما بطل هذا الاحتمال وجب حمل النص على الاحتمال الثاني وما ذاك إلا الوالدان والأولاد. فثبت أن هذا النص لا يدخل فيه ذوو الأرحام ولا يقال لو حمل الأقربون على هذا المعنى فيعمم الوالدين للزم التكرار لأنا نقول. الأقرب جنس يتدرج تحته نوعان - الوالد والولد - فذكر سبحانه النوع ثم ذكر الجنس فلم يلزم التكرار.
«٣» إن أصل الفرض الحزُّ والقطع. ثم إن أصحاب أبي حنيفة خصصوا لفظ الفرض بما عرف وجوبه بدليل قاطع واسم الوجوب بما عرف وجوبه بدليل ظني. فقالوا: لأن الفرض عبارة عن الحز والقطع وأما الوجوب فهو عبارة عن السقوط يقال وجبت الشمس إذا سقطت.
ولا شك أن تأثير الحز والقطع أقوى وأكمل من تأثير السقوط فلهذا السبب. خصَّ لفظ الفرض عندهم بما عرف وجوبه بدليل قاطع - ولفظ الوجوب بما عرف وجوبه بدليل مظنون.
وهذا يقضي عليهم بأن الآية لم تتناول ذوي الأرحام لأن توريثهم ليس من باب ما عرف بدليل قاطع بالإجماع. فلم يكن توريثهم فرضاً والآية إنما تناولت التوريث المفروض. فلزم القطع بأن الآية ما تناولت ذوي الأرحام.
هذا والحق أن الوجوب في اللغة هو الثبوت وأما مصدر الواجب بمعنى الساقط والمضطرب إنما هو =

فرائض، وفضل من فرضهم ـ صُرِفَ إلى بَيْتِ المالِ، فإن كان الميت كافراً صَارَ مالُه لمصالح المسلمين فَيْئاً، وإن كان مسلماً صَارَ مالُه مِيرَاثاً للمسلمين؛ لأنهم يعقلونه إذا قتل إنساناً؛ فكان مالُه لهم مِيرَاثاً؛ كالعصبة، وهو قولُ الصِّدِّيق، وعمر، وعثمان، وزيد بن ثابت، وابن عمر ـ رضي الله عنهم ـ؛ وبه قال الزهري، والأوزاعي، ومالك.

وقال علي، وابن مسعود: يصرف إلى ذَوِي الأَرْحَامِ؛ وبه قال الثوريُّ، وأبو حنيفة، وإليه ذهب المزنيُّ وابن سريج.

وهم أولاد البنات، والجد أب الأم، وكل جَدّ يُدْلي إلى الميت بأنثى، أو جدة بينها وبين الميت ذَكَرٌ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ، وأولاد الأخت، وبنات الأخ، وأولاد الأخ للأم، وبَنات العمِّ، والعم للأم، والعمة، والخال والخالة.

ثم الأكثرون منهم يقدمون مولى العتاق على ذَوِي الأرحام، إلا ابن مسعود فإنه يقدم ذَوِي الأَرْحَامِ على مولى العتاق، فنذكر فَصْلاً في تَوْرِيثِ ذَوِي الأرحام، نجيب فيه على المشهور من مذهب أبي حنيفة على كثرة اخْتِلَافِ الرواية فيه؛ إذ كان يفتي القاضي حسين ـ رحمه الله ـ بتوريثهم.

فأقول: إن كان في المسألة صَاحِبُ فَرْضٍ فالردُّ على صاحب الفرائض مُقَدَّمٌ على توريث ذَوِي رحم غير ذي فَرْضٍ، أما الزَّوج والزوجة فلا يرد عليهما؛ لأنه لا رَحِمَ لَهُمَا.

بيانه: مات عن أمٍّ فلها الثُّلُثُ بالفرضية، والباقي بالرَّحِمِ، وإن كانوا جماعةً فالباقي يرد عليهم على قَدْرِ سِهَامِهِمْ بعد تصحيح المسألةِ.

بيانه: مات عن بنت وأم أصلُ المسألة من سِتَّةٍ: للبنت النِّصْفُ، وللأمِّ السدس، بقي سَهْمَانِ نحتاجُ أن نقسمهما بين الأم والبنت على مقدار فَرْضِهِمَا، فنقول: سَهْمَانِ لا يستقيمانِ[1] على أَرْبَعَةٍ، وبَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ بِالنِّصْفِ، نأخذ نصف أربعة فنضربه في ستة؛ فتصير اثنا عشر: للبنت النِّصف: ستة، وللأم السدس: سهمان، بقي أَرْبَعَةٌ: ثلاثة للبنتِ، وَسَهْمٌ للأمِّ، واختصار الحساب يكون من أربعة؛ لأن جملةَ نصيب البنت تِسْعَةٌ، ونصيب الأمِّ ثلاثة، وبينهما موافقةٌ بالثُّلُثِ، فنأخذ ثلث كُلِّ واحدٍ، فتكون جملته [أربعة][2]: ثلاثة للبنت، وسَهْمٌ للأمِّ.

= الوجبة والوجيب. وإن كان استعمال الفرض فيما ثبت بتخطي والواجب فيما يثبت بظني شائع مستفيض كقولهم الوتر فرض والصلاة واجبة.

ينظر: نص كلام شيخنا وهبه إبراهيم في المواريث.

(١) في د: ينقسمان.

(٢) سقط في د.

وإن لم يكن في المسألة صَاحِبُ فَرْضٍ، ذو رحم ـ فترتيبُ توريثهم أن يُقَدَّمَ من ينتمي إلى الْمَيِّتِ، وهم أولادُ البنات، ثم مَنْ ينتمي إليه الميت، وهم الأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ، ثم نعتبر جهةَ أُخُوَّةِ الميت، ثم جهة إخوة[1] الأقرب فالأقرب من آبائه، وأمهاته، فما دَامَ يُوجَدُ أحدٌ من أولاد البناتِ وإن سَفَلُوا ـ لاَ يُوَرَّثُ الأجدادُ، والجداتُ الفاسدات، ولا شيء لأحدٍ من بنات الإخوةِ، وأولاد الأخوات مع وجود أحدٍ من الأجداد، ولا العمَّات والخالات، مع وُجُود أحدٍ من بنات الإخوة، أو أولاد الأَخَوَاتِ ـ وإن سَفَلُوا.

وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمة الله عليهما ـ تُقدم بناتُ الإخوة، وأولاد الأَخَوَاتِ على الأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ.

ثم في تَوْرِيثِ أولادِ البنات يُقَدَّمُ الأقربُ إلى الميِّت، ذكراً كان أو أنثى؛ مثلُ بنت البنت تُقَدَّمُ على بنت بنت الابن، وعلى ابن بنت الابن، فإن اسْتَوُوا في الدرجة يُقَدَّمُ الأقربُ إلى الوارثِ؛ مثل بنت بنت الابن تُقَدَّمُ على بنتِ بنتِ البنتِ، فإن استووا فيه يَشْتَرِكُونَ في الميراثِ على السَّوَاءِ، وإن اسْتَوَتْ أَبْدَانُهُمْ.

وإن اختلفت أبدانُهم؛ فللذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين.

مثل إن مات عن [بنت بنت ابن، وابن بنت ابن] ـ فالمالُ بَيْنَهُم للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين، والاعتبار في الذُّكورَةِ وَالأُنُوثَةِ بأبدانهم لا بمن يقع به الإدلاء على أَظْهَرِ الرِّوايتين.

حتى لو مَاتَ وخلف بِنْتَ ابْنِ بنتٍ، وَبِنْتَ بنتِ بنتٍ ـ فالمال بينهما نِصْفَانِ.

ولو مات عن ابن بنت بنت، وبنتِ ابن بنت ـ فَالثُّلُثَانِ للابن، والثُّلُثُ لِلْبِنْتِ.

وعنه رواية أخرى أن الاعتبارَ بمن يقع به الإِدْلاَءُ؛ فللبنت الثُّلُثَان وللابن الثلث، أما الأجدادُ والجدَّاتُ، وهم كُلُّ جدٍ يُدْلي إلى الميت بأنثى، أو جدة بَيْنَهَا وبين الميت ذكر بين أنثيين ـ فلا يعتبر منهم الأقربُ إلى الْوَارِثِ، بل مَن كان منهم أقرب إلى الميت ـ كان المالُ له، ذكراً كان أو أنثى، سواء كان من جِهَةِ [أبِ الميت، أو مِنْ جِهَةِ أمِّه][2].

مثل أم أب الأم أَوْلَىٰ من أب أب الأم، فإن استووا في الْقُرْبِ جُعِلَ الثُّلُثَانِ في جَانِبِ أبِ الميت، ذكوراً كانوا أو إناثاً، والثُّلُثُ في جَانِبِ أمِّه على أصحِّ الروايتين، ثم الثُّلُثَانِ في جانب الأب يقسم بينهم، للذَّكر مثلُ حَظِّ الأنثيين إن اختلفت أَبْدَانُهُمْ، والثلث في جانب الأمِّ كذلك.

---

(١) في د: الإخوة.

(٢) في د: من جهة ابن الميت أو من جهة أبيه.

بيانه: لو مات عن أُمِّ أبِ أمٍّ، وأبِ أمّ أمٍّ - فَالثُّلُثَانِ لأم أب الأم، والثُّلُث لأب أم الأم.

ولو خلف أبَاً أبِ أمٍّ، وأمَّ أبِ أمٍّ، وأبَ أمّ أمٍّ - فَالثُّلُثَانِ بين أبي أب الأم، وأم أب الأم؛ للذكر مِثْلُ حَظِّ الأنثيين، والثلث لأب أم الأم.

أما بنات الإخوة، وأولاد الأخوات يُقَدَّمُ منهم الأقربُ إلى الميت، سواء كان من قِبَلِ الأبِ والأمِّ، أو من قِبَلِ الأب، أو من قِبَلِ الأمِّ، حتى أن بنتَ الأخت[1] للأم أو للأب أوْلَى من بنتِ ابن الأخ للأب وللأم، فإن استووا في الدرجة يُقَدَّمُ الأقربُ إلى الوارث من أيِّ جِهَةٍ كان.

حتى لو مات عن بنت ابن أخ لأب، وبنت ابن أخت لأب وأم - فالمالُ لبنت ابن الأخ للأب، فإن استووا في الدرجة وَالْقُرْبُ إلى الوارث - يُقَدَّمُ مَنْ كان من قِبَلِ الأَبِ والأمِّ، ثم مَنْ كان من قِبَلِ الأب، ثم من كان من قِبَلِ الأمِّ، على أَشْهَرِ الروايتين.

حتى لو مَاتَ وخلف بنت أُخْتٍ لأب وأم، وبنت أخت لأب فالمالُ لبنت الأُخْتِ للأب، والأم.

ولو خلف بنت أخت لأب، وبنت أخت لأم، أو بنتَ أخ لأم - فالمالُ لبنتِ الأُخْتِ للأب.

وإذا اجتمع اثْنَانِ من جهة واحدة يَشْتَرِكَانِ في الميراث على السَّواءِ إن استوت أبدانهم، وإن اختلفت أبدانهم فللذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ والاعتبار في الذُّكُورَةِ والأُنُوثَةِ بأبدانهم، لا بِمَن يقع به الإِدْلاَءُ على أظهر الروايتين.

بيانه: لو مات عن ابن أخت، وَبِنْتِ أخ - فَالثُّلُثَانِ لابن الأخت، والثُّلُثُ لبنت الأخ، أما الْعَمَّاتُ وَالأَخْوَالُ والخالاتُ وأولادهم - يقَدَّم منهم الأقربُ إلى الميت، سواء كان من الْعَمَّاتِ، أو من الأعمام للأم، أو من الأَخْوَالِ وَالْخالاَتِ كما في الإخوةِ، حتى أن بنت العم للأم، وبنت الخال أو الخالة - تُقَدَّمُ على بنت ابْن العمِّ للأب والأم، فإن استـووا في الدَّرَجَةِ، يقدمُ الأقربُ إلى الوارث من أيِّ جِهَةٍ كان.

مثل: إن مات عن بِنْتِ ابْنِ عَمٍّ، وابن بنت عم، كلاهما لأب وأم أو لأب - فالمالُ لبنت ابن العم. فإن اسْتَوَوا في الدَّرَجَةِ والقُربِ إلى الوارث - نُظِرَ: إن انفردَ قَرَابَاتُ الأَبِ من الأعمامِ، والعمَّاتِ، أو قَرَابَاتُ الأمِّ من الأَخْوَالِ وَالْخَالاَتِ - يُقَدَّمُ مَنْ كان منهم لأب وأم، ثم مَنْ كان لأَبِ، ثم مَنْ كَانَ لأمٍّ.

وإذا اجْتَمَعَ شَخْصَانِ في جهة واحدة - يَشْتَرِكَانِ فيه على السَّواءِ، إن استوت أبدانهم،

---

(١) في د: الأخ.

وإن اختلفت أبدانُهم؛ فلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأنثيين. والاعتبار في الذُّكُورَةِ والأنوثةِ بأبدانهم، لا بمن يَقَعُ به الإدْلاءُ.

وإذا اجْتَمَعَ الأعمامُ والْعَمَّاتُ، والأخوالُ والخالاتُ ـ فالمشهورُ أنه يُجْعَلُ الثُّلُثَانِ في قَرَابَاتِ الأَبِ، والثُّلث في قرابات الأم من أيِّ جهةٍ كَانُوا، ثم في الثُّلثين يُقَدَّمُ من كَانَ لأبٍ وأمٍّ، ثم مَنْ كان لأبٍ، ثم مَنْ كان لأم، وفي الثلث كذلك.

حتى لو مَاتَ، وخلف بنتَ عَمَّةٍ لأمٍّ، وابن خال أو ابن خالة لأبٍ وأمٍّ ـ فَالثُّلُثَانِ لبنت العمة، والثُّلُثُ لابن الخال أو الخالة، وإذا كان في قَرَابَاتِ الأب عَمَّاتٌ وأخوال وخالات، وفي قَرَابَاتِ الأم أعمامٌ وأخوالٌ ـ وخالات، فمن الثُّلُثَيْنِ اللَّذين جعلنا لِقَرَابَاتِ الأب فجعل ثُلُثَاهُ لعمَّاته، والثلث لأخواله وخالاته، وإن كانت الْعَمَّاتُ للأمِّ، والخالاتُ للأب والأم ـ فيجعل الثُّلُثُ الَّذِي لِقَرَابَاتِ الأُمِّ كذلك. حتى لو مات، وخلف عَمَّ أمه، وخالة أبيه ـ فالثُّلُثَانِ لخالةِ الأَبِ، والثلث لعمِّ الأم.

وإذا اجتمع في دَرَجَةٍ شَخْصَانِ، وأحدهما يُدْلي بجهتين، فإن كان ذلك في الأولاد فلا يفضلُ.

مثل: إن مات عن بنت بنت بنتٍ هي بنتُ ابن بنت، وبنتِ بنت بنت أخرى ـ فالمالُ بينهما نِصْفَانِ.

وإن كان ذلك في أولادِ الإخوة والأخوات ـ يَرِثُ بأقوى السَّببين.

مثل: إن مات عن بنت أَخٍ لأمٍّ هي بنتُ أخت لأب ـ تَرِثُ بِأُخُوَّةِ الأب، ولو كان معها بنتُ أخت أخرى لأَبٍ ـ فَالمَالُ بينهما نِصْفَانِ.

فأما العماتُ والأخوالُ ترث بالسَّببين جميعاً.

مثل: إن مات عن بنتِ خَالٍ هي بنتُ عمة وبنت خال أخرى ـ فَالثُّلُثَانِ لبنتِ الْعَمَّةِ، والثُّلث بينهما نِصْفَانِ، وإن كان مَعَهَا بنتُ عَمَّةٍ أخرى ـ فَالثُّلُثُ لبنتِ الْخَالِ، والثُّلُثَانِ بينهما نِصْفَانِ. والله أعلم.

كِتَابُ الْوَصَايَا[1]

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ فِي آيَةِ الْمِيرَاثِ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

وَرُوِيَ عنِ آبْنِ عُمَر؛ أَنَّ رَسُولَ اللهِ - ﷺ - قال: «مَا حَقُّ آمْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»[2] يعني: ما الحرم لامرِىءٍ مُسْلِمٍ

---

(١) الوصايا لغة: جمع وصية، قال ابن القطاع: يقال: وصيت إليه وِصَايَةً وَوَصِيَّةً، ووصيته وأوصيته، وأوصيت إليه، ووصيت الشيء بالشيء وصياً: وصلته.

قال الأزهري: وسميت الوصية وصيةً؛ لأن الميت لما أوصى بها، وصل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته، يقال: وصّى وأوصى بمعنى، ويقال: وصى الرجل أيضاً، والاسم: الوصية والوصاة.

انظر: المصباح المنير ٢/ ٦٦٢، الصحاح ٦/ ٢٥٢٥، والمغرب ٢/ ٣٥٧، لسان العرب: ٦/ ٤٨٥٣.

اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: تمليكٌ مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع.

عرفها الشافعية بأنها: تبرُّع بحقّ مضاف، ولو تقديراً لما بعد الموت.

عرفها المالكية بأنها: عَقْدٌ يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده.

عرفها الحنابلةَ بأنها: الأمر بالتصرُّف بعد الموت.

انظر: شرح فتح القدير ٨/ ٤١٦، مغني المحتاج ٣/ ٣٩، شرح فتح الجليل ٤/ ٦٤٢، كشاف القناع ٤/ ٣٣٥.

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى في أربعة مواضع من المواريث: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١١] وأخبار كخبر ابن مَاجَة «المَحْرُومُ مَنْ حُرِمَ الْوَصِيَّةَ، مَنْ مَاتَ عَلَى وَصِيَّةٍ، مَاتَ عَلَى سَبِيلٍ، وَسُنَّةٍ، وَتُقَى، وَشَهَادَةٍ، وَمَاتَ مَغْفُوراً لَهُ». وكانت أول الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين، ثم نسخ وجوبها بآية المواريث، وبقي استحبابها في الثلث فأقل لغير الوارث، إن قل المال، وكثر العيال.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٤١٩) كتاب الوصايا: باب الوصايا وقول النبي ﷺ: «وصية الرجل مكتوبة عنده». =

أو ما المعروف في مكارمِ الأخلاقِ، كُلُّ مَنْ كانَ في ذمَّتِهِ حَقٌّ لله تعالَىٰ: مِنْ زكاةٍ، أو حَجٍّ، أَوْ دَيْنٍ لآدَمِيٍّ، أو في يَدِهِ وديعةٌ ـ: يجبُ أن يُوصِيَ بِهِ إِلَىٰ مَنْ يقومُ بأدائِهِ، وَمَنْ كان له مَالٌ يملكُ التصرُّفَ فيه ـ: يستحبُّ أن يُوصِيَ فيه بخَيْرٍ.

وَكَانَتِ الوصيَّةُ في أَبتداءِ الإِسْلَامِ واجبةً للأقارب؛ كما قال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ والأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:١٨] ثم نُسِخَتْ بآيةِ الميراثِ، فالأفضلُ: أن يبدأ في الوصيَّةِ بأَقَارِبِهِ الذين لا يَرِثُونَ، فيبدأُ بذي الرَّحمِ، ثم بالمَحرَّمِ بالرَّضَاعِ، ثم بالمصاهرةِ، ثم بالولاءِ، ثم بالجيرانِ، كما في الصَّدَقَاتِ.

ولا يجوزُ أن يُضرَّ بالورثةِ في الوصيَّة.

ويُكْرَهُ أن يُوصِيَ بأَكثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، ولا يُكْرَهُ الثلثُ، والمستَحَبُّ أن يَنْقُصَ عنه، خصوصاً إذا كانَتْ ورثتُهُ فقراءَ، رُوِيَ عَنْ سَعْدِ بْنِ أبي وَقَّاصٍ، أَنَّهُ قَالَ: جَاءَنِي رَسُول الله ـ ﷺ ـ يَعُودُنِي عَامَ حَجَّةَ الوَدَاعِ مِنْ وَجَعٍ اشْتَدَّ بِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، بَلَغ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَىٰ، وَأَنَا ذو مَالٍ، وَلاَ يَرِثُنِي إِلاَّ ابْنَةٌ لِي، أَفَأَتَصدَّقُ، بِثُلُثَيْ مَالِي؟ قَالَ: لاَ، قُلْتُ فَبِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لاَ، قُلْتُ: بِالثُّلُثِ؟ قَالَ: الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ؛ إِنَّكَ إِنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ فُقَرَاءَ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[1].

وقال عَلِيٌّ: لأَنْ أُوصِيَ بالخُمُسِ أَحَبُّ إليَّ مِنْ أنْ أُوصِيَ بِالرُّبُعِ، وَلأَنْ أُوْصِيَ بِالرُّبُعِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أُوصِيَ بِالثُّلُثِ، فَمَنْ أَوْصَىٰ بِالثُّلُثِ فَلَمْ يَتْرُكْ، فلو أَنَّ رجلاً أَوْصَىٰ بأَكْثَرَ مِنَ الثلُثِ ـ نُظِرَ: إن لم يكُنْ له وارثٌ: فالوصيَّةُ فيما زادَ على الثلثِ باطلةٌ، لأنَّهُ لا مُجيز له.

= حديث (٢٧٣٨) ومسلم (٣/ ١٢٤٩) كتاب الوصية حديث (١، ٢، ٣/ ١٦٢٧) ومالك (٢/ ٧٦١) كتاب الوصية باب الأمر بالوصية حديث (١) وأبو داود (٢/ ١٢٥) كتاب الوصايا: باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية حديث (٢٨٦٢) والترمذي (٤/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦) كتاب الوصايا باب ما جاء في الحث على الوصية حديث (٢١١٨) والنسائي (٦/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩) كتاب الوصايا: باب الكراهية في تأخير الوصية حديث (٣٦١٥) وابن ماجة (٢/ ٩٠٢) كتاب الوصايا باب الحث على الوصية حديث (٢٧٠٢) وأحمد (٢/ ١٠، ٥٠، ٥٧، ٨٠، ١١٣) والدارمي (٢/ ٤٠٢) كتاب الوصايا باب من استحب الوصية، والطيالسي (١/ ٢٨٢ ـ منحة) رقم (١٤٢٨) والحميدي (٢/ ٣٠٦) رقم (٦٩٧) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٤٦) وأبو يعلى (١٠/ ١٩٧ ـ ١٩٨) رقم (٥٨٢٨) وابن حبان (٥٩٩٢) والدارقطني (٤/ ١٥٠) كتاب الوصايا حديث (٤) والبيهقي (٦/ ٢٧٢) كتاب الوصايا، وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٥٢) والبغوي في «شرح السنة» (٣/ ٢٠٦ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر مرفوعاً.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٦٣) كتاب الوصية: باب الوصية في الثلث حديث (٤) والبخاري (٣/ ١٦٤) كتاب الجنائز باب رثاء النبي ﷺ سعد حديث (١٢٩٥) ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث =

. . . .

= حديث (٥/١٦٢٨) وأبو داود (٣/٢٤٨) كتاب الوصايا: باب ما لا يجوز للموصي في ماله حديث (٢٨٦٤) والترمذي (٤/ ٤٣٠) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢١١٦) والنسائي (٦/ ٢٤١-٢٤٢) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وابن ماجه (٢/٩٠٣) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٠٨) وأحمد (١/ ١٧٩) والدارمي (٢/ ٤٠٧) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٨٢ ـ منحة) رقم (١٤٣٣) وعبد الرزاق (٩/ ٦٤) رقم (١٦٣٥٧) والحميدي (١/ ٣٦) رقم (٦٦) وابن الجارود (٩٤٧) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٢) رقم (٢٤٨) وأبو يعلى (٢/ ٩٢) رقم (٤٧) وابن حبان (٤٢٣٥، ٥٩٩٤، ٧٢١٧٥ ـ الأحيان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار (٤/ ٣٧٩) والبيهقي (٦/ ٢٦٨) والفتوى في «المعرفة والتاريخ» (١/ ٣٦٨ ـ ٣٦٩) كلهم من طريق الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه قال: مرضت بمكة مرضاً أشفيت منه على الموت فجاء رسول الله ﷺ يعودني فقلت: يا رسول الله إن لي مالاً كثيراً وليس يرثني إلا ابنتي، أفأوصي بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، أو كبير إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه البخاري (٥/ ٤٢٧ ـ ٤٢٨) كتاب الوصايا: باب إن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس حديث (٢٧٤٢) ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث (٥/ ١٦٢٨) والنسائي (٦/ ٢٤٢) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وأحمد (١/ ١٧٢) من طريق سعد بن إبراهيم عن عامر بن سعد عن أبيه به.

وأخرجه البخاري (٥/ ٤٣٤ ـ ٤٣٥) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٤٤) من طريق هاشم بن هاشم عن عامر بن سعيد عن أبيه به.

وأخرجه النسائي (٦/ ٢٤٣) كتاب الوصايا: باب الوصية، من طريق بكير بن مسمار عن عامر بن سعد عن أبيه به.

وأخرجه أحمد (١/ ١٨٤) من طريق جرير بن حازم عن عمه جرير بن زيد عن عامر به.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٥١) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث (٨، ٩/ ١٦٢٨) وأحمد (١/ ٦٨) وأبو يعلى (٢/ ١١٦) رقم (٧٨١) من طريق عمرو بن سعيد عن حميد بن عبد الرحمن عن ثلاثة من ولد سعد به.

فيه تأويلان: أحدها: يأتونهم من كففهم، أي: جوانبهم وأطرافهم، مأخوذ من كفة القميص، وهو: طرفه وحاشيته.

ثانيها: أي: يسألونهم فيمدون إليهم، أكفهم.

ثالثها: أي: يسألون الناس ما في أَكُفِّهِم، فهذان مأخوذان من الكف باختلاف المعنى.

رابعها: أي: يسألونهم كفاً كفاً من طعام.

خامسها: أي: يسألونهم ما يكفون به الجوع، يقال: تكفف السائل واستكف: إذا بسط كفه للسؤال أو طلب ما يكف به الجوعة.

ينظر النظم المستعذب (٢/ ٩٦/ ٩٧).

وعند أبي حنيفة: تصحُّ.

فنقول: بَيْتُ المال جهةٌ يجبُ صَرْفُ جميعِ المالِ إليها عند عدم الوصيَّةِ، فتنقض الوصيَّة بجميع المالِ؛ لأجلها قياساً بجهةِ بَيْتِ المال علىٰ جهةِ الدَّيْن، وعلىٰ ما إذا كان لَهُ عَصَبَة.

وإنْ كَان له وارثٌ ـ: فهَلْ تصحُّ وصيتُهُ فيما زاد عَلَى الثلُثِ؟ فيه قولان:

أحدُهُما: لا تصحُّ؛ كما لو لَمْ يكُنْ له وارث.

والثاني: تصح؛ لأنَّ له مُجِيزاً، وتتوقَّفُ علىٰ إجازةِ الوارثِ، فإن أجازَ ـ: نَفَذَ؛ وإلا بَطَل، فإن قلنا: تصحُّ ـ: فإجازَةُ الوارثِ ٱبتدَاءُ تمليكٍ من جهتِهِ حتَّىٰ يشترطَ الوارثُ لَفْظَ الهبةِ والتمليكِ ومِنْ جهةِ الموصَىٰ له قبولٌ جديدٌ سِوَىٰ قبولِ الوصيَّةِ.

ويُشْتَرَطُ التسليمُ والقَبض.

ويشترَطُ في العِتْقِ لفْظُ «الإعتاقِ»، ويجوزُ للوارثِ أنْ يرجع قَبْلَ القَبْضِ.

وإن قلنا: تصحُّ الوصيَّةُ بالزيادة على الثلثِ ـ: فإجازَةُ الوارثِ تنفيذٌ لما فعلَهُ؛ فيجوزُ بلَفْظِ «الإجازة»، ولا يشترَطُ فيه التسليمُ والقَبْض، وإذا أَجازَ فَقَبْلَ التسليم رَجَعَ ـ: لم يصحَّ رجوعه.

ويجوزُ للوارثِ أن يجبر بَعْضَ الزيادةِ، ويرد البَعْض، وإنْ كان جاهلاً بالزيادةِ، فَرَدَّهَا ـ: يصحُّ، وإنْ أَجازَ ـ: لا تصحُّ على الجهالةِ، سواءٌ عرف قَدْرَ التركةِ، ولم يَعرفِ الوصيَّة أنَّ الزيادةَ سُدُسٌ أو ربعٌ، أو عَرَفَ الوصيَّةِ بالحَرية، ولم يَعرف قَدْرَ التركة.

وقيل: تصحُّ فيما تَيَقَّن؛ مثل: إنْ علم أنَّ الزيادَةَ تبلُغُ سدُسَ المالِ، وشَكَّ في بلوغه الربُعَ: تصحُّ في السُّدُسِ، فإنْ أجاز، ثم قال: لم أكُنْ عالماً بقَدْرِه ـ: فالقولُ قولُهُ مع يمينه، إلاَّ أن يقيم الموصَىٰ له بيِّنَةً على علْمِهِ.

ولو أوصَىٰ بعبده لإنسانٍ، فأجاز الوارثُ، ثم قال: أَجزْتُ لأني ظَنَنْتُ أنَّ المال كثيرٌ، فَبَانَ قليلاً ـ: هل يقبلُ قوله؟ فيه قولان:

أحدُهُمَا: يُقْبَلُ؛ كما في المسألة الأولىٰ.

والثَّاني: لا يُقْبَلُ، ويلزمُ؛ لأنَّهُ عَلِمَ ما أَجازَهُ، وفي المَسْأَلةِ الأُولَىٰ: لم يعلَمْ ما أَجازَهُ، ولا حُكْمَ لِرَدِّ الوارثِ وإجازَتِهِ في حال حَيَاة الموصِي، حتَّىٰ لو أجاز في حياته ـ: فله أن يَرُدَّ بعد موته.

ولَوْ أعتق عَبْداً في مرضِ مَوْتِه، لا مال له سِوَاه، ومات عَنِ ٱبْنٍ وبنتٍ، فأجازا: فإن قُلْنا: إجازَةُ الوارثِ ٱبتداءُ تمليكٍ ـ: فلا بُدَّ مِنْ لفظ «العِتْقِ» منهما، ثم ولاءُ ثُلثِهِ للميِّت: يرث

به ٱلابْنُ، وولاءُ الثُّلُثَيْنِ للولَدَيْنِ: للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين.

وإنْ قلنا: إجازتُهُ تنفيذٌ لما فعله الموصِي ـ: فولاء كلِّه للميِّت، يرث به الابْنُ دون البنت.

ولو مَاتَ العَبْدُ قبل مَوْتِ المُعْتِقِ ـ: مات ثلثُهُ حُرًّا على الصحيح من المذهبِ؛ لأنَّ نُفُوذَ الْعِتْقِ في الزِّيادة على الثلثِ موقوفٌ علَىٰ إجازة الوارثِ، ولَمْ توجَدْ.

وقيلَ: مَاتَ كلُّه حُرًّا؛ لأنَّ مِلْكَ المُعْتِقِ تَامٌّ عليه، وتصرُّفه فيه نافذٌ، ولا حَقَّ للوارث في رَدِّ الزيادة على الثُّلُثِ في حياته.

فَصْلٌ فِي الوَصِيَّةِ بِالْمُشَاعِ[1]

وتجوز الوصيَّةُ بالمشاعِ والمَجهُولِ، وبما لا يقدر علَىٰ تسليمه؛ كالعبد الآبقِ والطَّيْرِ المُنْفَلِتِ.

وَلَوْ أوصَىٰ لإنسانٍ بمثل نصيبِ ٱبْنِهِ، وَلَهُ ٱبْنٌ واحدٌ ـ: فهو وصيَّةٌ بالنصْفِ؛ كأنَّهُ أوصَىٰ له بما يبقَىٰ للابْنِ مثله.

وعند مالك: يكونُ وصيَّةً بالكل، فإنْ لم يَكُنْ له ٱبْنٌ أو كَانَ غَيْرَ وارثٍ: فإن كان قاتلاً أو رقيقاً ـ: فالوصيةُ باطلةٌ لأنَّه لا نَصِيبَ لابْنِهِ؛ كما لو قال: أَوصَيْتُ لك بمثْلِ نصيب أخِي، وله ٱبْنٌ ـ: فالوصيَّةُ باطلةٌ؛ لأنه لا نصيبَ للأخ مع ٱلابْنِ، فلو قال: بمثل نصيب ٱبْنٍ لِي بالتنوين، ولا ٱبْنَ له ـ صَحَّ، ودفع إليه النِّصْف ـ: كما لو قال: بمثْلِ نَصِيبِ ٱبْنٍ، لو كان لي.

ولو قال: أوصَيْتُ لَكَ بنصِيبِ ٱبْنِي، وله ٱبْنٌ ـ: ففيه أوجه:

أصحُّهـا: الوصيَّةُ باطلةٌ، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنَّهُ أوصَىٰ له بحَقِّ الغير.

والثَّاني: هو وصيَّةٌ بالنْصفِ؛ كما لو قال: مثل نَصِيبِ ٱبْنِي.

والثالثُ: هو وصيَّةٌ بالكل.

ولو قال: أوصَيْتُ لك بمثْل نصْفِ نصيبِ ٱبْنِي، وله ٱبْنٌ واحدٌ ـ: فهو وصيَّةٌ بالثلث؛ كأنه أوصَىٰ بما يبقَىٰ للابن مَثْلاهُ.

---

(١) ملك مشاع: أي مشترك غير مقسوم، من قولهم أشاع الخبر: إذا أذاعه. ولم يختص به واحد دون واحد.

قال الأزهري: إنما قيل له: مشاع؛ لأن سهم كل واحد من الشريكين أشيع أي: أذيع وفُرِّقَ في أجزاء سهم الآخر حتى لا يتميز منه، يقال: شاع اللبن في الماء: إذا تَفَرَّقَتْ أجزاؤه في أجزائه حتى لا يتميز.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٢٨).

ولو قال: بضعْفِ نَصيبِ ٱبْنِي ـ: فهو وصيَّةٌ بالثلثين، ولو قال: بضعفَيْ نصيبِ ٱبْنِي ـ: فبثلاثة أرباعِهِ، فيكون له ثلاثةُ أمثالِ ما للابْنِ.

ولو قال: بضعْفِ نصيبِ أحدِ أولادِي ـ: دفع إليه مِثْلَيْ نصيبِ أحدِهِمْ، فإنْ كان له ثلاثُ بنينَ ـ: نجعلُ المَالَ خمسة ـ: للموصَىٰ له سهمَانِ، ولكلِّ ٱبْنٍ سَهْمٌ.

ولو قال: بِضِعْفَيْ نصيبِ أحدِهِمْ ـ: دفع إلَيْه ثلاثة أمثالِ نَصِيبِ أحدِهِمْ، وإنْ كانوا ثلاث بنينَ ـ: دفع إلَىٰ المُوصَىٰ له ثلاثة أسْهُمٍ من سِتَّةٍ، ولكلِّ ٱبْن سهْمٌ.

ولو قال: بمثل نصيبِ ٱبْنِي، وله ٱبنانِ، أو قال: بمثْلِ نَصِيبِ أحدِ ٱبْنَيَّ: فهو وصيَّةٌ بالثلثِ، وإنْ كانوا ثلاثةً، فأوصَىٰ بمثل نصيبِ أَحَدِ بنيه ـ: يكونُ وصيَّةً بالربع، فإنْ كانوا أربعةً: فبالخمس؛ لتعال مسألَةُ الميراثِ بمثلِ نصيبِ مَنِ ٱعتبر نصيبه به.

وإنْ كان له بنْتٌ، فأوصَىٰ بمثل نصيبِ ٱبْنَتِهِ ـ: فهو وصيَّةٌ بالثلث، وإنْ كان لَهُ ٱبنتانِ، فأوصَىٰ بمثلِ نَصِيبِ أحدِهِمَا ـ: فهو بالرُّبُعِ وإنْ قال: بمثْلِ نصيبِهِمَا ـ: فبالخمسين.

ولو كان له ٱبنانِ، فأوصَىٰ بمثلِ نصيبِ ٱبْنَيْهِ ـ: فهو بالنِّصْفِ، وكذلك: لو كانوا ثلاثةً، أو أربعةً، فأوصَىٰ بمثل نصيبِ ٱبْنَيْهِ ـ: يكونُ النِّصْفُ له، والنِّصْفُ لهم.

ولو أوصَىٰ بمثل نصيب أحدِ ورثته ـ: يعطَىٰ مثْلَ أقلِّهم نصيباً، فتعالُ مسألةُ الميراثِ بذلكَ القَدْرِ، حَتَّىٰ لو خَلَّف بنتاً وثلاثةَ زَوْجَاتٍ وَأَخاً ـ: فلهُ جزْءٌ من خمسٍ وعشرينَ جزءاً.

ولو قال: بمثل أكْثَرِهِمْ نصيباً، وله ٱبْنٌ وبنْتٌ ـ: يعطَىٰ إليه الخُمُسَانِ، إنْ أَجَازَتِ الورثةُ.

ولو أوصَىٰ بمثْلِ نصيبِ ٱبْنٍ، لو كان لي، ولَهُ ثلاثةُ بنينَ ـ: فهو وصيَّةٌ بالخمسِ نقدِّر له ٱبناً آخر، وَنَزِيدُ علَيْهِ نَصِيبَ المُوصَىٰ لَهُ.

ولو قَالَ: مثْلَ نصيبِ بنتٍ، لو كانَتْ: لي وله ثلاثُ بنينَ ـ: فهو وصيَّةٌ بالثمنِ، والباقي بَيْنَ البنينَ الثلاثة.

ولَوْ أوصَىٰ لإنسانٍ بجزء شائعٍ، ومَاتَ عَنْ وَرَثَةٍ ـ: فَوَجْهُ تصحيحِهِ أن نَنْظُرَ: كَمْ نسبةُ سَهْمِ الوصيَّة ممَّا بَقِيَ ـ: فتلْكَ النسبةُ تزيدُ علَىٰ فريضةِ الميراثِ.

بيانُهُ: أَوْصَىٰ لإنسانٍ بثلثِ مالِهِ، ومَاتَ عَنْ ٱبنَيْنِ ـ: فمسألَةُ: الوصيَّةُ من ثلاثةٍ، ونسبةُ سهمِ الوصيةِ مِمَّا بقي نسبةُ النصفِ؛ فتزيدُ علَىٰ فريضةِ الميراثِ، وهي ٱثنانِ، مثلُ نصفها؛ فيكون ثلاثة: سَهْمٌ للموصَىٰ له، ولكلِّ ٱبْنٍ سَهْمٌ.

وَإنْ كَانَ لَهُ ثَلاَثُ بَنَاتٍ ـ: فمسألةُ الميراثِ تصحُّ مِنْ تسعةٍ، وليس لتسعةٍ نصْفٌ صحيحٌ؛ فَيُضْرَبُ فيها أَقَلّ عدد له نصْفٌ، وهو ٱثنانِ؛ فيصيرُ ثمانيةَ عشَرَ، ثم يزيدُ عليها نِصْفها، فتصير

سَبْعاً وعشرين: الثلُثُ منها تسعةٌ للموصَىٰ له، وللبناتِ أثْنَا عَشَرَ، وهو الثلثانِ مِنَ الباقي، وما بَقِيَ ـ: فللوصية.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بجزءٍ شائعٍ، ولآخَرَ بنصيبِ أحدِ أولادِهِ: نجعَلُ الموصَىٰ له بالنصْفِ كأحدِ أولادِهِ، مثلُ: إنْ أوصَىٰ لإنسانٍ بسُدُسِ مالِهِ، ولآخَرَ بمثْلِ نصيبِ أحدِ أولادِهِ، وله خَمْسُ بنينَ ـ: تصحُّ المسألة مِنْ سِتَّةٍ: سَهْمٌ للموصَىٰ له بالسُدُسِ، بقي خمسةٌ لا تستقيمُ على ستَّةٍ؛ نضربُ ستةً في ستَّة؛ فتصير ستَّة وثلاثين: ستَّةٌ منها للموصَىٰ له بالسُّدُسِ، بَقِيَ ثلاثونُ: للموصَىٰ له بالنَّصِيبِ خَمْسَةٌ، ولكُلّ دينٍ خمسةٌ.

ولو أوصَىٰ لرَجُلٍ بنَصِيبِ أَحَدِ أولادِهِ، ولآخَرَ بثُلُثِ ما تَبَقَّىٰ مِنْ جميع المالِ بَعْدَ ذَهَاب النَّصيبِ، وله ثلاثُ بنينَ ـ: فالطريقُ فيه: أن يجعلَ جميع المال ثلاثة، ونصيباً مجهولاً: فالنصيب المجهول للموصَى له بالنَّصِيبِ، وسَهْمٌ للموصَىٰ له بالثلثِ، بقي سهمانِ لا يستقيمانِ على ثلاثةٍ.

نَضْرَبُ ثَلاثةَ في ثلاثةٍ، فتصيرُ تسعَةً ونصيباً مجهولاً ـ: فالنصيبُ للموصَىٰ له بالنصيبِ، بَقِيَ تسعةٌ: ثلاثةٌ للموصَىٰ له بالثلثِ، ولكُلِّ أبْنٍ سَهْمَانِ؛ فَبَانَ أنَّ النَّصِيبَ المجهولَ سَهْمَانِ، والمسألة من أَحَد عَشَرَ: سَهْمَانِ للموصَىٰ له بالنَّصِيبِ، وثلاثةٌ للموصَىٰ له بالثلثِ، ولكلِّ أبْنٍ سهمانِ، فقد ذهَبَ في الوصِّية خمسةٌ، وهي أكْثَرُ من الثلثِ، فإنْ لم تُجِز الورثَةُ: يُقَسَّمُ الثلُثُ على نسبةِ الإجازةِ؛ نجعلُ المالَ ثلاثةً: سَهْمٌ منها، وهو الثلثُ ـ: لا يستقيمُ على خمسةٍ، وسِهمَانِ علَىٰ ثلاثةٍ نضرِبُ ثلاثةً في خمسةٍ، فتصير خمسةَ عَشَرَ، ثم نضرب خمسةَ عشر في أصْلِ المسألةِ، وهو ثلاثةٌ، فتصيرُ خمسة وأربعين الثلثُ منْهَا خمسةَ عَشَرَ للموصَىٰ لهما؛ ستَّة للموصَىٰ لَهُ بالنصيبِ، وتسعة للآخر.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بنصيبِ أَحَدِ أولادِهِ، ولآخَرَ بثلُثِ ما يَبْقَىٰ من الثلث بعد ذَهَابِ النصيبِ مِنَ الثلث، ولَهُ ثَلاثُ بنينَ: نجعلُ ثُلُثَ المالِ: ثلاثةَ ونصيباً مجهولاً ـ: فالنصيبُ المجهولُ للموصَىٰ له بالنصيبِ، بقي ثلاثةٌ للموصَىٰ له بالثلثِ، بَقِيَ سهمانِ نضمُّهُمَا إلى ما بقي، فنقول: إذَا كَانَ ثلثُ المَالِ ثلاثةً ونصيباً مجهولاً ـ: قبلْنَاهُ: ستَّةٌ ونصيبان مَجْهُولان، نضمُّ إليهما ما بَقِيَ من الثلثِ، وهو سَهْمَانِ؛ فتصيرُ ثمانية ونصِيبَيْنِ؛ فالنصيبانِ لِلابنين، بقي ثمانيةٌ لِلابنِ الثالثِ، فثبت أن النصيب المجهولَ ثمانيةٌ؛ فيكون ثُلُث المال أَحَدَ عَشَرَ، وجميعُهُ ثلاثٌ وثلاثونَ؛ أعطينا من الثلثِ، وهو أحد عَشَرَ ثمانيةً إلى الموصَىٰ له بالنصيبِ، وسهماً إلى الموصَىٰ له بالثلثِ، بَقِيَ سهمانِ نضمُّهُمَا إلى اثنين وعشرين لكلِّ أبْنٍ ثمانية.

ولو أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ بمائةٍ، ولآخَرَ بضعفهـا ـ: فلزيدٍ مائةٌ، وللآخر مائتان.

ولَوْ أَوْصَىٰ لآخَرَ بضعفَيْها ـ: فله ثلاثمائة، كأنَّه قال: أعطُوهُ مائةً، وضعفوا مرَّةً بعد مرَّة.

وعند أبي حنيفة: يُعْطَىٰ إلى الثاني أربعمائة.

ولو أوصَىٰ لزيدٍ بمائةٍ، ولآخَرَ ثلاثة أضعافِهَا ـ: فله أربعمائة.

ولو أوصَىٰ بأربعةِ أضعافِهَا ـ: فخمسمائةٍ، وإذا آحتمل لَفْظُ الموصِي معنَيَيْنِ ـ: حمل علَىٰ أظهرهما، وإذا آحتمل في المِقْدَارِ وجهين ـ: حمل علَىٰ أقلِّهما؛ لأنَّهُ اليقينُ، وإذا كان اللفْظُ بهما ـ: فالتفسيرُ إلى الورثة.

بيانه: لو قال: أعطُوا فلاناً حَظًّا أو نصيباً أو جُزْءاً أو سَهْمَاً أو قسطاً أو شيئاً أو قليلاً أو كثيراً مِنْ مَالٍ ـ: فالتفسيرُ إلى الوارثِ، فإذا فَسَّرَهُ بأقَلِّ ما يَقَعُ عليه آسْمُ المالِ ـ: يُقْبَلُ، فإذا ادَّعَىٰ الموصَىٰ لَهُ أَكْثَرَ ـ: لا يسمع حتَّىٰ يُبَيِّنُ الزيادَةَ، فإذا بين ـ: له تَحْلِيفُ الوارث أنه لا يَعْلَمُ آستحقاقَ ما يدَّعيه، ولا يحلِّفه على إرادةِ المورِّث؛ لأنه أفشى أمراً علىٰ الجهالَةِ؛ فلا يطلع عليه الوارث.

ولو قال: أَعْطُوا فلاناً كذا ـ: يُعْطَى الوارثُ ما شاءَ، ولو قال: كذا وكذا ـ: يعطى مما شاء آثْنَيْنِ.

ولو قال: كذا كذا مِنْ دنانيري ـ: يعطى ديناراً واحداً.

ولو قال: كذا وكذا مِنْ دنانيري ـ: يعطى دينارين، ولو قال: كذا كذا مِنْ دينارِي ـ: يعطى حُبَّةً، ولو قال: كَذَا وكذا من ديناري ـ: فَحُبَّتَانِ.

ولو قال: كذا وكذا ديناراً ـ: فيه قولان:

أصحُّهما: يُعْطَى دينارين.

والثَّاني: دينار واحد، لأنَّهُ ذكر الدينارَ بلَفْظِ الوُحْدَانِ.

وقيل: دينار وشيء[1].

ولو قال: كذا وكذا مِنْ دنانيري أو دَرَاهِمِي ـ: فيعطى الوارثُ إمَّا دينارَيْنِ أو درهمَيْنِ، فإن لم يَكُنْ له شيءٌ من ذلك ـ: فالوصية باطلةٌ.

وإذا كثرت الوصَايَا، وزادَتْ على الثلثِ، ولم يُجزِ الوارثُ الزيادَةَ ـ: قسم الثلثُ بينهم عَلَىٰ نسبةِ الإجَازَةِ.

وطَرِيقُ معرفتِهِ: أن ينظر كَمْ نسبَةُ الزيادةِ عَلَى الثُّلُثِ من جميعِ الوصايا، فتنقص عن

نصيبِ كُلِّ واحدٍ بتلْكَ النسبة، أو ينظر كَمْ نسبةُ الثلثِ مِنْ جميع الوصايَا، فيعطَىٰ كُلُّ واحد بتلْكَ النسبة.

بيانه: أَوْصَىٰ لإنسانٍ بنصْفِ ماله، ولآخَرَ بثلثِ مالِهِ ـ: فقد أَوْصَىٰ بخمسةِ أسداسِ المالِ: فإنْ أجاز الوارِثُ ـ: دَفَعَ إِلَىٰ كُلِّ واحدٍ منهما ما أوصَىٰ له به، وإنْ لَمْ يُجِزِ الوارثُ ـ: يقسم الثلث بينهما؛ على خمسة أسْهُمٍ، ونسبَةُ ما زاد على الثُّلُثِ مِنْ جميعِ الوصيَّةِ نسبةُ ثلاثةِ الأخماسِ، فينقص مِنْ نصيب كُلِّ واحدٍ ثلاثةُ أخماسِهِ.

وأصلُ المسألةِ مِنْ سِتَّةٍ، ولَيْسَ لها خُمُسٌ، نضرب خمسةً في ستَّةٍ؛ فتصيرُ ثلاثينَ: فمنها خمسةَ عَشَرَ للموصَىٰ له بالنصْفِ، وعشرةٌ للموصَىٰ لَهُ بالثلثِ، فينقصُ منْ كُلِّ واحدٍ ثلاثةُ أخماسِهِ، فيبقَىٰ لصاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ، ولصاحبِ الثلثِ أربعةٌ، وعِشْرُونَ للورثةِ، وبَيْنَ الأعدادِ موافَقَةٌ بالنصْفِ، فنأخذ نصف كُلِّ واحدٍ؛ فيكون جملته خمسةَ عَشَرَ: الثُّلُثُ منها خَمْسَةٌ، ثلاثةٌ منها للموصَىٰ له بالنصْفِ، وسهمان للموصَىٰ له بالثلثِ، والباقي للورثة.

وقال أبو حنيفةَ في هذه المسألة: إذا رَدَّ الوارثُ الزيادَةَ ـ: نجعل الثلُثَ بينهما نصفين؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ عند ٱلانفرادِ يأخذ جميع الثلثِ، وفي الثلثِ والرُّبُعِ قَالَ: يقسَّم بينهما على التفاوتِ، لأنَّ الموصَىٰ له بالرُّبعِ: لا يأخذ الثلث عند الانفراد.

فنقولُ: وصيَّتَانِ تَفَاوَتَتَا عند الإجازةِ؛ فكذلك: عند الرَّدِّ؛ كالثلُثِ والربع.

ولو أوصَىٰ لرجلٍ بنصفِ مالِهِ، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِهِ، ولآخَرَ بربُعِ ماله: فإن أجاز الوارثُ ـ: يقسَّم المال بينهم عَلَىٰ ثلاثةَ عَشَرَ سَهْماً، وإن لم يُجِزْ ـ: يقسَّم الثلث بينهم عَلَىٰ ثلاثةَ عَشَرَ سهماً.

ولو أوصَىٰ لرجُلٍ بجميعِ مالِهِ، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِهِ: فإن أجاز الوارِثُ قسِّم المال بينهم أرباعاً فتعولُ المسألةُ بمثلِ ثلثِهِ، فيكونُ أربعة: سهم للموصَىٰ له بالثلث، وثلاثةٌ للموصَىٰ له بالكُلِّ، وإنْ رَدَّ الوَارِثُ الزيادَةَ على الثلثِ: يجعلُ المالُ ثلاثةً، ويُقَسَّمُ الثُّلُثُ بينهما علَىٰ أربعةِ أسْهُمٍ على نسبة الإجازةِ، ولَيْسَ لسهْمٍ واحدٍ رُبُعٌ؛ نضرب أربعةً في ثلاثةٍ؛ فتصيرُ ٱثْنَا عَشَرَ، فعند الإجازة: للموصَىٰ له بالكُلِّ تسعةٌ، وللموصَىٰ له بالثُّلُثِ ثلاثةٌ، وعند الرَّدِّ يقسَّم الثلثُ بينهما أرباعاً: سهْمٌ للموصَىٰ له بالثلثِ، وثلاثةٌ للموصَىٰ له بالكُلِّ، وثمانيةٌ للوارِثِ، ولو كان للموصِي ٱبنانِ، فيكونُ لكلِّ ٱبْنٍ أربعةٌ.

ولو أنَّ لابنَيْنِ أجازا للموصَىٰ له بالكُلِّ، وَرَدَّ الآخَرُ ـ: فقد سمح كُلُّ ابْنٍ علَى المُوصَىٰ له بالكُلِّ بثلاثةِ أسْهُمٍ؛ فيكونُ للموصَىٰ له بالكُلِّ تسعةٌ، وللموصَىٰ له بالثُلثِ سهْمٌ، وهو رُبُعُ الثلثِ، ولِكُلِّ ٱبْنٍ سهمٌ، وإن أجازا للموصَىٰ له بالثلث، ورَدَّ الآخَرُ ـ: فقد سمح كُلُّ واحدٍ

عليه بسهمٍ؛ فيكون للموصَىٰ له بالثلثِ ثلاثةٌ، ولكلِّ ٱبنٍ ثلاثةٌ، وللموصَىٰ له بالكلِّ ثلاثةٌ، وتعود بالاختصارِ على أربعةٍ، فيكون لكلِّ واحدٍ سَهْمٌ، ولو أجاز أَحَدُهُمَا لأحدِهِمَا، وأجاز الآخرُ للآخرِ بِالَّذِي أَجَازَ لِصَاحِبِ الكُلِّ ـ: سمح معه بثلاثةٍ؛ بقي له سهمٌ؛ فصار لصاحب الكُلِّ ستَّة، والذي أجاز لِصَاحِبِ الثلثِ ـ: سَمَحَ مَعَهُ بسَهْمٍ؛ بقي له ثلاثةُ أَسْهُمٍ، وصار لصَاحِبِ الثلثِ سهمان.

ولو كانَتِ المسألةُ بحالها: أوصَىٰ لرجُلٍ بجميعِ مالِهِ، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِهِ، فرَدَّ صاحبُ الثُّلُثِ وصيَّتُهُ:

قلْتُ: يكونُ جميعُ المالِ للآخَرِ، إذا أجاز الوارثُ، وإن لم يُجِزْ ـ: فالثُلثُ له.

ولو رَدَّ صاحبُ الكُلِّ وصيَّتَهُ ـ: يكُونُ الثلثُ كلُّهُ للآخَرِ، وكذلك: لو رَجَعَ المُوصِي عن إحْدَى الوصِيَّتَينِ ـ: فإن رَجَعَ عَنِ الثلث ـ: كان الكُلُّ للآخر. وإنْ رَجَعَ عن الكُلِّ ـ: كان الثلثُ للآخر.

ولو كَانَ له عَبْدٌ، لا مال لَهُ سوَاهُ، فأوصَىٰ به لإنسانٍ، ولآخَرَ بثلثِهِ ـ نُظِرَ: إن كان في كلامِهِ ما يَدُلُّ على الرجوع؛ مثل: أن يقول: العَبْدُ الذي أَوْصَيْتُ به لفلانٍ، قد جعلْتُ ثلثَهُ لفلانٍ، أو حَوَّلْتُ ثلثه إلَىٰ فلان يكون العبد بينهما أثلاثاً: ثُلُثَاهُ للموصَىٰ له بالكُلِّ، وثلثه للآخَرِ، وإنْ لم يَكُنْ في كلامِهِ دَلاَلَةُ الرجوعِ؛ بل أوصَىٰ لإنسانٍ بالعَبْدِ، ولآخر بثلُثِهِ، أو بثلثِ مَالِهِ: يقسَّم العَبْدُ بينهما أرباعاً: ثلاثةُ أرباعِهِ للموصَىٰ له بالعبدِ، والرُّبُعُ للآخرِ؛ فإن لم يُجِزِ الوارثُ ـ: يجعلُ ثلُثُ العبدِ بينهما أرباعاً.

ولو كَانَتْ قيمةُ العَبْدِ ألفاً، وله سوَاهُ ألْفانِ ـ: فالعبد بينَهُمَا أربَاعٌ، وللموصَىٰ له بالثلُثِ ثُلُثُ الألْفَيْنِ مع ربع العَبْدِ، إن أجاز الوارث؛ فيكون مِنِ ٱثْنَي عَشَرَ: للعبدِ منها أربعةٌ، والباقي ثمانيةُ أسهمٍ: فللموصي له بالعبْدِ ربُعُ العبدِ، وثلُثُ الألْفَيْنِ، وليس لثمانيةٍ ثُلُثٌ، نضرب ثلاثة في ٱثْنَي عَشَر؛ فتصير سِتَّةً وثلاثينَ، فالعبد منها ٱثنا عشر، تسعة للموصَىٰ له بالعبد، وثلاثةُ أسْهُمٍ من العبدِ مع ثمانيَةِ أسْهُمٍ من الباقي للموصَىٰ له بالثلث، فذهب من الوصيَّةِ عشرون، فإنْ لَمْ يُجِز الوارثُ يقسَّم الثلثُ بينهما على عشرين سهماً؛ للعبد منها عشرون: تسعة للموصَىٰ له بالعبدِ، وثلاثةٌ للآخَرِ، وله ثمانيةُ أسهم من الباقي فيبقىٰ للوارثِ أربعون: ثمانيةٌ من العبدِ، وٱثنانِ وثلاثونَ من الباقي.

ولو أوْصَىٰ لرجلٍ بعبدٍ، ولآخَرَ بما بَقِيَ مِنَ الثلثِ ـ: قُوِّمَ العَبْدُ مع التَّرِكَةِ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي: فإن خَرَجَ مِنَ الثلثِ ـ: دفع إلى الموصىٰ له: فإنْ بقي مِنَ الثُّلُثِ شيءٌ ـ: دفع إلى الآخر، وإنْ لم يَبْقَ بَطُلَتِ الوصيَّةُ بالباقي، وإنْ أصاب العَبْدَ عَيْبٌ بعد موتِ الموصِي ـ: قُوِّمَ سليماً، وإن مات العبد بعد مَوْتِ الموصِي ـ: بَطَلَتِ الوصيَّةُ منه، وتُقَوَّمُ التركةُ، وتُحْسَبُ قيمتُهُ

من الثلثِ، ودُفِعَ إلى المُوصَىٰ له الباقي مِنَ الثلث؛ لأنَّهما وصيَّتان، بُطْلَانُ إحداهما لا يوجِبُ بطلانَ الأخرَىٰ.

ولو مات قَبْلَ مَوْتِ المُوصِي ـ: لا يُحْسَبُ العبْدُ من التركةِ، ويُحْسَبُ ما بَقِيَ من المالِ، ويحطُّ قيمة العبد مِنْ ثلثه؛ فإنْ بَقِيَ مِنَ الثلثِ شيءٌ ـ: دفع إلى الآخر.

ولو أوصى لرجلٍ بدارٍ قيمتُهَا أَلْفٌ، ولآخَرَ بَعْبدٍ قيمتُهُ خمسمائةٍ، ولآخر بخمسمِائَةٍ، وثُلُثُ مالِهِ أَلْفٌ ـ: فهذه وصيَّةٌ بالثلثين، فنسبة الزيادةِ على الثلثِ من جميعِ الوصيَّةِ: نسبةُ النِّصْفِ؛ فإنْ لم يُجِزِ الوارثُ ـ: كان لكلٍّ واحدٍ نصْفُ ما أوصى له به.

ولَوْ أَوصَىٰ لزيدٍ بعشرةٍ، ولعمروٍ بعشرةٍ، ولخالدٍ بخمسةٍ، والثلثُ لا يَحْتَمِلُ الْكُلَّ؛ مثلاً: كان الثلثُ عشرون، ولم تُجزِ الورثةُ، يُجعل العشرون بينَهُمْ على خمسةِ أَسْهُمٍ لزيْدٍ وعمرٍو لكل واحدٍ ثمانيَةٌ، ولخالدٍ أربعةٌ، فلو كانَتِ المسألةُ بِحَالِهَا، وأوصَىٰ لزيدٍ بعشرةٍ، ولعمرٍو بعشرةٍ، ولخالدٍ بخمسةٍ، وقال: قَدِّمُوا خالداً عليهما، والثُّلُثُ عشرونَ ـ: فيعطى أولاً خالداً خمسة، والباقي بين الآخرين نصفانِ لِكُلِّ واحدٍ سبعةٌ ونصفٌ، ولو قال: قَدِّمُوا خالداً على عمرٍو ـ: يقدَّم علَى عمرٍو، ولا يقدَّم على زيدٍ، فيعطى إلَىٰ خالدٍ خمسةٌ، وإلى زيدٍ ثمانيةٌ، وإلى عمرو سبعة.

ويجوزُ تعليقُ الوصيَّة علَىٰ شَرْطٍ في الحياةِ، وعلى شرطٍ بعدَ الموتِ؛ كما يجوزُ على الجهالةِ.

فَصْلٌ فِيمَنْ يُوصَىٰ له

إذَا أَوْصَىٰ لشخصٍ معيَّن ـ: جاز، مسلماً كان أو ذِمِّيًا، ولو أَوصَىٰ لحربيٍّ ـ: هل يصحُّ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: وهو المذهب ـ: أنه يصحُّ؛ كما يصحُّ البيْعُ منْهُ، وكما يصحُّ للذميِّ.

والثَّاني: لا يصحُّ؛ لأنَّ الوصيَّةَ تقع له، وقد أمرنا بقَتْلِهِ؛ فلا معنَىٰ للوصيَّة له.

ولو أوصَىٰ لعبْدِ إنسانٍ ـ: يصحُّ، وهل يصحُّ قبوله بغَيْر إذْنِ المولَىٰ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: يَصُحُّ ويملل المولى كما لو احتطَبَ، أو اصطاد بغَيْرِ إذْنِ المولَىٰ ـ: يكونُ ملكاً للمولىٰ.

والثاني: قاله الإصطخريُّ: لا يصحُّ؛ لأنَّهُ تمليكٌ للسَّيِّد؛ فيشترطُ إذنُهُ، وهل يصحُّ قبوله مِنَ السَّيِّد؟ فيه وجهان:

أصحهُما: لا؛ لأنَّ الموصِيَ لم يخاطِبِ السيِّدَ.

ولو أوصَىٰ لصبيٍّ أو مجنونٍ ـ: يصحُّ، ويقبله وليُّهُ.

وهَلْ تصحُّ الوصيَّةُ للقاتِلِ؟ فيه قولان؛ سواءٌ تقدَّمتِ الوصيَّةُ على الجرحِ أو تأخَّرتْ، وسواءٌ كان القتْلُ عمداً أو خطأ.

أصحُّهما: وبه قال أبو حنيفة ـ: لا يصحُّ لأنَّهُ قال: يستحقُّ بالموتِ؛ فلا تثبت للقاتلِ؛ كالميراثِ حتَّىٰ لو أوصَىٰ لإنسانٍ بشَيْءٍ، ثم الموصَىٰ له قتل الموصِيَ ـ: بطلَتِ الوصيَّةُ على هذا القول.

والثاني: تصح، وبه قال مالكٌ؛ لأنَّه تمليكٌ بطريق المعاقدةِ؛ كما يصحُّ البَيْعُ منْه والهبة.

ولو قَتَلَتْ أُمُّ الولد سيِّدَهَا ـ: عَتَقَتْ؛ لأنَّ عَتْقَهَا ليس بوصيَّةٍ؟ بدليل أنه لا يعتبر من الثلث.

ولو قَتَلَ المدبَّرُ مولاهُ: إن قلنا: تَصحُّ الوصيَّةُ للقاتلِ ـ: عَتَقَ، وإنْ قلنا لا تصحُّ ـ: لا يعتقُ ويَبْطُلُ التدبيرُ؛ سواءٌ جعلْنَا التدبيرَ وصيَّةً أو تعليقاً للمعتق؛ لأنَّا ـ وإنْ جعلناه تعليقاً ـ فهو في حُكْمِ الوصيَّةِ؟ بدليلِ أنَّهُ يعتبر من الثلث.

ولو أوصَىٰ لعبدِ قاتِلِهِ أو لمدبَّرِهِ أو أُمِّ ولدِهِ ـ نُظر: إن عَتَقَ الموصَىٰ له قَبْلَ موْتِ الموصِي ـ صَحَّتِ الوصيةُ له، وإنْ لم يَعْتِقْ ـ: فهو وصيَّةٌ للقاتلِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ للعبد وصيَّةٌ لمالكه.

ولو أوصَىٰ لعَبْدِ إنسانٍ بشَيْءٍ، ثم إنَّ سيِّده قَتَلَ الموصِي بَطَلتِ الوصيَّةُ على هذا القولِ، ولو قَتَلَهُ العبد لا يبطُلُ لأنَّ الوصيَّةَ لسَيِّده لا له.

ولو أوصى لمكاتَبِ إنسانٍ، ثم قتل سيِّده الموصِي، فأَمْرُ الوصيَّةِ موقوفٌ: فإنْ عَتَقَ المُكَاتَبُ بالأداءِ أو بالإبراءِ ـ: فالوَصيَّةُ له صحيحةٌ، وإن عجزَ ـ: بَطَلَتِ الوصِيَّةُ علَىٰ هذا القول.

ولو قَتَلَ المُكَاتَبُ الموصِي: فإن عَتَقَ ـ: بَطَلَتِ الوصيَّةُ، وإن عَجزَ صحَّتْ لسَيِّده؛ لأنَّه غيْرُ قاتلٍ.

ولو أوصى لوارثِهِ بشيءٍ، قل أم كثُر ـ: هل يصحُّ أم لا؟ فيه قولان:

أصحهما: حكمه حكْمُ ما لو أَوْصَى لأجنبيٍّ بأكْثَرَ مِنَ الثلثِ، فإنْ أجَازَ سَائِرُ الورثة ـ: نفذ.

ويكونُ ذلك تمليكاً منهم أَمْ تنفيذاً لما فعله الموصِي فعلَىٰ قولين، وإنْ رَدَّ سائر الورثةِ ـ: بَطَلَ، وبه قال أبو حنيفة.

والقول الثاني: لا تصحُّ الوصيَّةُ، وإن أجاز سائرُ الورثةِ، لما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ

قَالَ: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»، وكذلك: لو وهب لوارثِهِ شيئاً في مرضِ موته، أو وَقَفَ عليه، أو أبرأَهُ عَنْ دَيْنٍ له عليه في مرضِ موتِهِ ـ: فكالوصيَّةِ، ولا فَرْقَ في الوصيَّة للورثةِ بَيْنَ أَنْ تقسَّم بينَهُمْ قَسْمة الميراثِ، أو تفاوت بينهم، مِثْل: إِنْ أوصى للابْنِ بدارٍ قيمتها أَلْفٌ، وللبنْتِ بعبدٍ قيمته خمسمائةٍ؛ لأن أعيانَ الأموالِ مقصودةٌ، وإذا أوصى لأحد ٱبْنَيْهِ بِشيءٍ، وأجاز الآخر ـ: فالباقي يكُونُ بين المجيز وبَيْنَ الموصَىٰ له نصفين بُحكْمِ الإرثِ، سواءٌ أوصى له الأبُ بأكثَرَ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ المِيراثِ أو بأَقَلَّ.

ولو أعتق رَجُلٌ وارثَهُ في مرضِ مَوْتِهِ، أو دَبَّرَهُ ـ: نفذ، ولا ميراثَ له حتَّىٰ لا يكون جمعاً بَيْنَ الميراثِ والوصيَّة والْعِبْرَةُ في كونهِمَا وارثاً بيومِ موتِ الموصِي، حتَّىٰ لو أوصىٰ لأخيه بشيءٍ، وليس له ابْنٌ، فحدث له ٱبْنٌ، ثم مات الموصِي نفذت الوصية، ولو كان له ابْنٌ يومَ الوصيَّة للأخ، فمات قَبْلَ مَوْتِ الموصِي ـ: لم تنفذ.

ولو أوصى لعبدِ وارثه، فباعه وارثُهُ، ثم مات الموصِي ـ: كانَتِ الوصيَّةُ نافذة لمشتريه، ولو أعتقه وارثُهُ ـ: كانَتْ نافذةً للعَبْدِ، ولو أَوْصَىٰ لعبدٍ أجنبيٍّ، فٱشتراهُ وارثُهُ، ثم مات الموَصىٰ له ـ: تنفذ، وكذلك: لو أَوصَىٰ لزوجتِهِ، ثم طلَّقها تنفذ.

ولو أوصَىٰ لأجنبيَّةٍ، ثم نكَحَهَا ـ: لم تنفذ.

ولو أوصَىٰ لمكَاتَبِ وارثِهِ: فإن عَتَقَ قَبْلَ موْتِ الموصِي ـ: نفذ، وإن مات الموصي، وهو علىٰ كتابته ـ: تُوقفُ، فإن عَتَقَ بأداءِ النجومِ ـ: نفذ، سواءٌ قَبِلَ الوصية قَبْلَ العِتْق أو بعده، وإن عَجَزَ ـ: لم تنفذ، وكان وصيَّةً للوارث.

ولو جَرَحَ رجُلٌ مورِّثَهُ، ثم أوصَىٰ له المورِّثُ بشَيْءٍ، ومات، وقلْنَا: تصحُّ الوصية للقاتل ـ: صحتِ الوصيَّةُ؛ لأنَّه خرج بالقَتْلِ عَنْ أَنْ يَكُونَ وارثاً.

ولو أوصى لرقيقِ نفسه بشَيْءٍ ـ نُظِرَ: إن أوصى لأُمِّ ولدِهِ ـ: صحَّتِ الوصيَّةُ، فإِنْ مَاتَ عَتَقَتْ أُمُّ الولد مِن رأس المال، وكانت الوصية في الثلث ولو أوصَىٰ لمكاتبه بشيءٍ ـ: تصحُّ؛ لأنَّهُ يملك المال.

ولو أوصى لمدبَّرِهِ ـ: فالعتقُ والوصيَّةُ جميعاً مِنَ الثلثِ، فإِنْ خرجا من الثلثِ ـ: عَتَقَ المدبر، ودفع إليه ما أوصى له به، وإِنْ لم يخرج المدبر من الثُّلُثِ ـ: عَتَقَ منه بقَدْرِ الثلثِ، والوصيَّةُ باطلَةٌ، وإِنْ خرج أحدهما من الثلث: فإن كانَتْ قيمةُ المدبر ألفاً، وله سواه ألفانِ، وأوصى له بألْفٍ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: تجمع الوصيَّة في نفسه، فيعتق كله، ولا شَيْءَ له ممَّا أوصى له به؛ لأنَّا لو أعتقْنَا بعضَهُ، وسلَّمنا إليه بَعْضَ الوصيَّة ـ: أخذ الوارثُ بَعْضَ ما وقَفْنَا إليه؛ لكونه مالك بعضه؛ فتكون وصيَّة للوارث.

والوجْهُ الثاني: ـ وهو الأصح عندي ـ: يعتقُ نصفُهُ، ولا يعطى إليه شَيْءٌ من الوصيَّة؛ لأنَّه يعود بعْضُهُ إِلَى الوَارِثِ.

ولو أوصى لعبد نفسِهِ القِنِّ بشيءٍ نُظر: إنْ أوصَىٰ له برقبتِهِ ـ: صحَّتِ الوصيةُ، فإذا مـات المولى وَقَبِلَ ـ: عَتَقَ، إن خرج من الثلثِ، وإن لم يَخرُجْ كلُّه من الثلثِ ـ: يعتقُ بقَدْرِ ما يخرج من الثلث.

ولو أوصَىٰ له بمالٍ ـ نظر: إنْ أَوْصى له بغَيْر مالٍ، أو قال: أعطُوهُ كذا مِنْ مالي ـ نظر: إن باعه الموصي قَبْلَ الموتِ ـ: فيكونُ ما أوصَىٰ له به للمشتري، وإنْ أعتقه قبل الموتِ، فيكونُ له، وإنْ مات، وهو في مِلْكِهِ ـ: فالوصيَّةُ مردودةٌ؛ لأنَّه يقع للورثَةِ.

وإنْ أوصَىٰ له بِثُلُثِ ماله ـ نُظِرَ: إن لم يكُنْ مالٌ سواه ـ: عَتَقَ ثلثه بعد موتِهِ، وإنْ كان له سِوَاهُ مَالٌ ـ: فعلى وجهين:

أحدهما: تجمع الوصيَّة في رَقَبَتِهِ، فإنْ خرج كلُّهُ من الثُّلُثِ ـ: عَتَقَ، وإنْ كان الثُّلُثُ أَكْثَرَ مِنْ قيمةِ رَقَبَتِهِ ـ: صرف الفَضْل إليه، وإنْ لم يخرج كلُّهُ مِنَ الثلثِ ـ: عَتَقَ بقَدْرِ ما يخرج.

والثاني: ـ وهو الأصح عندي ـ: أنه لا يَعْتِقُ منه إلا ثلثه، وإن كان له مَالٌ كثيرٌ؛ لأنه أوصَىٰ له بالثلثِ؛ فيكون من رقبته وجميع ماله، ولا شَيْء له مِنْ سائر أموالِهِ، لأنَّه الوارثَ يَأْخُذُ بعضه بما فِيهِ مِنَ الرِّقِّ؛ فيكون وصيَّة للوارث.

فَصْلٌ فيما لو أوصى لجماعة محصورين

إذا أَوْصَىٰ لجماعةٍ متعيِّنين مَحْصُورين؛ مِثْلُ: أولادِ فلانٍ ـ: يشرطُ قبولُهُمْ، واْستيعابُهُمْ، ويُسَوَّىٰ بين الذكر والأنثى.

ولَوْ أَوْصَىٰ الموصوفِينَ غَيْرِ محصورين؛ كالفقراءِ والمساكينِ، أو الغَارِمِينَ أو الغُزاةِ ـ: لا يشترطُ قبولُهُمْ، ولا اْستيعابُهُمْ؛ يقدَمِ الإمكانِ، وأَقَلُّ من يُصْرَفُ إليهم منهم ثلاثةٌ، ولا تجبُ التسويةُ بينهم، فلو صرف إلى اْثنَيْنِ ـ: يُغرَّم نصيبَ الثالثِ، وهل يجُوز نقله عَنْ ثُلُثِ الوصيَّة؟ فيه قولان؛ كما في الزكاة.

ولو أوصَىٰ لجماعةٍ متعيِّنين غَيْرِ محصورِينَ؛ مثل: إنْ أوصَىٰ للعلويَّةِ، أو بَنِي هاشمٍ، أو لبنِي تَمِيمٍ ـ: هل تَصِحُّ؟ فيه قولان:

أصحهما: وهو المذهب ـ: تصحُّ؛ كما لو أوصَىٰ للفقراءِ، وأَقَلُّ مَنْ يصرَفُ إِلَيْهِمْ ثلاثة.

والقولُ الثاني: لا يصحُّ؛ لأنَّ تعيينهم يوجِبُ اْستيعابهم، ولا يمكن؛ لكونهم غير

محصورين؛ فيبطل بخِلافِ الفُقَرَاءِ؛ فإنَّهم موصوفون؛ فلا يجبُ ٱستيعابُهُمْ؛ ألا تَرَىٰ أنه لو أوصَىٰ لبني بَكرٍ أو لبني زيدٍ ـ: يقسم علىٰ عددهم، ولا ينصف ولو أوصى للفقراء والمساكين يُنصَّفُ بين الصنفين، ولو أوصَىٰ لبنِي فلانٍ: إن صارُوا قبيلةً؛ مثل: إنْ قال: لبني تميمٍ أو لبنِي هاشمٍ، وجَوَّزنا ألَّا يُشْتَرَطَ قبولُهُمْ ولا ٱستيعابُهُم.

وأَقَلُّ مَنْ يصرف إليهم ثلاثةٌ، ويُصْرَفُ إلى الذُّكُورِ منهم والإناثِ، وإن لم يصيروا قبيلة، وكانوا محصورينَ؛ مثلُ بني زيدٍ وبني عمرٍو ـ: فيشترط ٱستيعابهم وقبولُهُمْ، ويسوى بينهم، ولا يُصْرَفُ إلى الإناث.

ولو أَوصَى لفقراء بلدٍ بعينه: فإن لم يكُنْ فيه فقيرٌ ـ: فالوصيَّةُ باطلةٌ؛ كما لو أوصى لولد زيد، ولا وَلَد له، وإن كان فِيهِ فقيرٌ واحدٌ، أو جماعةٌ محصورون ـ: يشترطُ قَبُولُهُمْ واستيعابُهُمْ، ويجبُ التسويَةُ بينهم، وإنْ لم يكُونُوا محصورين ـ: فلا يشترط القبُولُ والتعميمُ، وأقَلُّ مَنْ يصرف إليهم مِنْ فقراءِ ذلك البلدِ ثلاثةٌ:

ولو قَالَ: ضعوا ثُلُثي في الرقابِ ـ: ينصرفُ إلى المكاتبين، وأقَلُّهم ثلاثةٌ؛ كالزكاةِ، فلو صرف إلى اثنين ـ: يُغَرَّمُ للثالثِ، وكَمْ يُغَرَّمُ؟ وجهان؛ كالزكاة.

أحدُهُما: ثُلُث الوصية.

والثاني: أقلُّ ما يقع عليه الاسْم.

وعلَىٰ الوجهين: لا يجوزُ أن يدفع ما غرم بنفسه، بل يدفعه إلى القاضي: ليؤدي عنه أو يردُّ إلَيْهِ ليدفعه: إنِ ٱئتمنه، فإنْ صرف إلَىٰ مكاتب ـ: يعجز، والمالُ قائمٌ في يده، أو يَدِ سَيِّدِهِ، يجب رده.

ولو قال: ٱشتروا بثُلُثي الرقابَ، وأعتقوهُمْ ـ: يشتري ثلاث رقاب أو أكْثَر: فإن لم يبلغ ثلاث رقابٍ: فيشتري رقبتانِ ثمينتانِ؛ فإن فَضَلَ من ثمنِ الرقابِ فَضْلٌ ـ: لا يوجَدُ به رقبةٌ كاملةٌ ـ: تُرَدُّ إلى الوارثِ، ولا يشتري شقْصُ عبد؛ لأنَّ الرقبةَ ٱسْمٌ للكاملِ منها.

وقيل: يشتري بالفَضْلِ شِقْصُ عبدٍ، ويجوزُ الذَّكَرُ والأنثَىٰ، والصَّغير والكَبِير والمعِيب والكَافِرِ.

فإنْ قال: ٱصرفوا ثُلُثِي إلى الْعِتْقِ ـ: فيجوزُ شراءُ الشِّقْصِ.

ولو قال: ٱشتروا بمائةٍ عَبْدَ فلانٍ فأعتقوه، فلو اشترى بأقَلَّ من مائةٍ ـ: جازوا الفَضْلُ للوارث، ولو لَمْ يبعْهُ فلانٌ، أو قال: ٱشتروا بثُلُثي عَبْدَ فلانٍ، ولم يَبْلُغْ ثُلُثُهُ ثَمَنَهُ ـ: لَغَتِ الوصيَّةُ.

ولو قال: أوصَيْتُ بهذا العبدِ لأحدِ هذَيْن الرجلَيْنِ ـ: لم تصحَّ؛ لأنَّه تمليكٌ لغير معيَّن.

ولو قال: أَعْطُوا هذا العَبْدَ إِلَىٰ أَحَدِ هذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ ـ: جاز؛ لأنَّه لَيْسَ بِتَمْلِيكٍ، بل هو وصيَّةٌ بالتمليكِ؛ كما لو قَالَ؛ بِعْتُ هذا العَبْدَ مِن أَحَدِ هذَيْنِ الرجُلَيْنِ ـ: لم يصحَّ.

ولو قال لوكيله: بِعْ هذا العَبْدَ من أَحَدِ هذَيْنِ الرجلَيْنِ ـ: جاز.

فَصْلٌ فيما لو أوصى لواحد بعينه ولجماعة

ولو أَوصَىٰ بثلثِهِ لواحدٍ بعينِهِ، ولجماعةٍ ـ: نُظر: إنْ كانَتْ تلْكَ الجماعةُ محصورين؛ مثل: إنْ أوصَىٰ لزيدٍ، ولبني عمرٍو ـ: فزيدٌ كواحدٍ منهم؛ مثل: إنْ كان لِعمْرٍو خَمْسُ بنين، فيجعل الثلث بين زيدٍ وبينهم عَلَىٰ سِتَّة أسهمٍ، وإن كانَتِ الجماعةُ غَيْرَ محصورين؛ مثلُ: إنْ أوصَىٰ لزيدٍ وللفقراءِ، أو لزيدٍ وللعلوية ـ: صَحَّ، ثم أَقَلُّ من يُصْرَفُ إليهم مِنْ تلكَ الجماعةِ ثلاثة فأكثر، ولا تقدير لما يعطى إلى كُلِّ واحدٍ منهم، وكَمْ يعطى إِلَىٰ زيدٍ؟ فيه أقوال:

أحدها: هو كواحِدٍ من الفقراء: يعطى إِلَيْهِ ممَّا لو أعطَىٰ إِلَىٰ واحدٍ مِنَ الفقراءِ ـ: جاز.

والثَّاني: يعطى إليه النصْف؛ لأنَّه أضاف إِلَىٰ جهتين؛ كما لو أَوْصَىٰ للفقراءِ والمساكينِ: يعطى إلى كُلِّ صنفٍ نصفه.

والثالثُ: يعطى إليه الرُّبُع، وثلاثةُ أرباعه للفقراءِ، يصرفُهَا الوصيُّ إليهم كيف شاء؛ لأنه ذكر الفقراء بلفظ الجمعِ، وأقلُّهم ثلاثة.

ولو أوصىٰ بثُلُثِهِ لزيدٍ، ولأَحَدِ بَنِيه: فإن قلنا: تصحُّ الوصيةُ للوارثِ، وأجاز سائِرُ الورثةِ ـ: كان الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نصفَيْن، وإن رَدَّ الورثة وصيَّةَ الابن: كان لزيدٍ نصْفُ الثلثِ، وكذلك: إذا قلْنَا: لا تصحُّ الوصيةُ للوارثِ ـ: كان لزيْدٍ نصْفُ الثلث.

ولو أوصَىٰ بثلثه لزيدٍ والرِّيحِ ـ: كان لزيدٍ نصْفُ الثلثِ؛ على الأصحِّ.

كما لو أوصَىٰ له، ولأحدِ بنيه، وكذلك: لو أوصَىٰ لِزَيْدٍ ولجبريل ـ: كان لزيدٍ نصْفُ الثلثِ، والباقي باطلٌ.

وقيل: كَانَ كلُّه لزيدٍ؛ بخلافِ ما لو أوصى لزيدٍ ولأَحَدِ ابْنَيْهِ؛ لأنَّ الابن مِمَّنْ يملك، فما أضيف إِلَيْهِ ـ: لا يجعل لغيره، والأولُ أصَحُّ؛ لأنَّهُ إذا أَضَافَ إلى ابْنَيْنِ ـ: لم يكُنْ لأحدهما إلا نصفُهُ؛ فعَلَىٰ هذا: لو أوصَىٰ لزيدٍ وللملائكةِ، أو لزيدٍ وللرياحِ ـ: فالوصيَّةُ في حَقِّ الملائكةِ، والرياحُ باطلةٌ، وكَمْ يكونُ منها لزيدٍ؟ فقد قيل: كلُّهُ لزيدٍ، والصحيحُ: أنه على الأقوالِ؛ كما لو أوصَىٰ لزيدٍ وللفقراء:

أحدُهُما: يعطي إليه الوصيّ ما شاء.

والثاني: له النصف.

والثالث: له الربعُ؛ لأنَّ ذِكْرَ الملائكةِ والرياحِ بلَفْظِ الجَمْعِ، وأقلُّهَا ثلاثةٌ.

ولو قال: ثُلُثي لله ولزيدٍ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: الجميعُ لزيْدٍ، وذكر الله للتبرُّكِ؛ كقوله: ﴿فَأَنَّ لله خُمُسَهُ...﴾ [الأنفال: ٨].

والثاني: نصفُهُ لزيْدٍ، والباقي للفقراءِ؛ لأنَّ عَامَّة ما يجبُ لله للفقراء.

ولو أوصَىٰ بثلثَيْ مالِهِ لزيْدٍ، ولأحد ابنَيْهِ: فإن قلْنا تصحُّ الوصية للوارثِ، وأجاز سائرُ الورثة ـ: كان لكلِّ واحدٍ منهما الثلثُ، وإن رد سائرُ الورثة، أو قلنا: لا تصحُّ الوصية للوارث ـ: كان لزيدٍ الثلُثُ كاملاً؛ بخِلافِ ما لَوْ أوصَىٰ بثلثَيْ ماله لأجنبيين، ولم يجز الوارثُ ـ: كان الثلثُ بينهما؛ لأن الثلث في حَقِّ الأجنَبِيين ـ: لا يقبل الرَّدّ، وفي حَقِّ الوارثِ جميعُ ما أوصى له يقبلُ الرَّدَّ، وكان رَدُّ سائر الورثة منصرفاً إلىٰ نصيبِ الوارث.

ولو أَوْصَىٰ لأجنبيٍّ ولأحد ابنين بجميعِ ماله ـ: فإنْ أجازا للأجنبيِّ، وأجاز الابنُ لأخيه ـ: كان المال بينهما نصفَيْن، وإن رَدَّ الوصية ـ: كان للأجنبيِّ الثلُثُ، والباقي بَيْنَ الاثنينِ نصفان بالإرثِ، ولو رَدَّا في حَقِّ الأجنبيِّ، وأجاز الأخُ لأخيهِ ـ: فللأجنبيِّ الثلثُ، ولأخيه النصْفُ، والسدُسُ بينهما بالإرْثِ، وإن أجازا للأجنبيِّ، ورَدَّ الابن في حَقِّ أخيه ـ: فالنصفُ للأجنبيِّ، والباقي بينهما نصفان بالإرث.

ولو أوْصَىٰ بثلثهِ لِحَيٍّ وميتٍ ـ: كان نصفه للحَيِّ، سواءٌ كان عالماً بمَوْتِ الميِّتِ يومَ الوصيَّة، أو كان يظنُّهُ حَيًّا، فَبَان ميتاً.

وقيل: كلُّهُ للحَيِّ.

فَصْلٌ

ولَوْ أَوصَىٰ لأقاربِهِ لأرحَامِهِ أو لِذِي رَحِمِهِ بشَيْءٍ ـ: يصرَفُ إلى أقاربِهِ الَّذينَ لا يرثُونَ ويُسَوَّىٰ بين القريبِ والبعيدِ، والذَّكَرِ والأنثىٰ، والفقيرِ والغنيِّ، ويشترطُ قبولهم واستيعابهم.

ثم إنْ كان عجميًّا ـ: يصرفُ إلَىٰ أقاربِهِ مِنْ قِبلِ الأبِ والأمِّ جميعاً، وفي العربيِّ وجهان:

أصحُّهما: يصرف إلَىٰ أقاربه مِنْ جهةِ أبيه؛ لأنَّ العَرَبَ تحفظُ أنسابَهَا وتفتخر بها؛ فلا يفهم من مُطْلَقِ اسْمِ القرابةِ إلاَّ قرابة الأب.

ويُصْرَفُ إلَىٰ أخصِّ أقاربِهِ: فإن كان شافعيًّا ـ: يصرَفُ إلَىٰ أولاد شافعٍ، ولا يصرَفُ إلَىٰ أولادِ علي والعباسِ، وإنْ كانوا جميعاً مِنْ أولادِ السَّائبِ بْنَ يزيدَ.

وعند أبي حنيفة: لا يُصْرَفُ إلَىٰ غيرِ المَحْرِمِ، ولا إلى من كَانَ منهم غنيًّا، ولو صرف إلَىٰ ثلاثةٍ منهم ـ: جاز، ولا يجب استيعابُهُمْ.

ولو أوصَىٰ لأقربهم به رَحِماً ـ: صُرِفَ إِلَى الأَقْرَبِ مِمَّنْ يكونُ وارثاً؛ سواءٌ كان مِنْ قبل الأب أوْ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ عَرَبِيًّا كان أو عجميًّا: فإنْ كان الأقْرَبُ وارثاً ـ صُرِفَ إِلَىٰ مَنْ دونه، وإنْ لم يُجِزِ الورثةُ، وإن أجاز سَائِرُ الورثةِ ـ: صرف إِلَيْهم، وإن كان له أبٌ وٱبْنٌ ـ: وجهان:

أحدهما: سواء.

والثاني: الأبْنُ أولَىٰ؛ لأنه مقدَّمٌ في العصوبةِ، فعلَىٰ هذا، ما دام في الأولادِ أو أولادِ الأولادِ ـ وإن سَفَلُوا مِنْ قِبَلِ البنين أو البناتِ ـ أَحَدٌ لا يَصِلُ إلى الآباءِ، وإن كان لَهُ جَدٌّ وأخٌ ـ: فقولان:

أحدهما: هما سواء.

والثاني: الأخُ أولَىٰ؛ كما في ميراث الولاءِ، ووجه الشبه بَيْنَهُمَا: أن ٱستحقاقَ الميراثِ بجهة الولاءِ استحقاقٌ بجهةٍ متباعدةٍ، كٱستحقاقِ الوصيَّة، وسواءٌ كان الْجَدُّ أبَ الأبِ أو أَبَ الأمِّ، وسواءٌ كان الأخُ مِنْ قِبَلِ الأبِ والأُمِّ، أو مِنْ قِبَلِ أحدهما، والأخُ للأبِ والأمِّ أولَىٰ من الأخِ للأبِ، أو مِنَ الأمِّ، والأَخُ للأبِ مع الأخ للأُمِّ يستويانِ، وأَبُ الأُمِّ أولَىٰ من العَمِّ والخالِ والخَالَةِ وٱبْنِ الأخِ وبِنْتِ الأخِ سواءٌ، والخَالُ والخالَةُ سواءٌ، وكلٌّ من يُدْلِي بجهتين ـ: فهو أولَىٰ مِمَّنْ يُدْلِي بجهةٍ واحدةٍ، إذا ٱستويا في الدرجةِ، فإن ٱختلفا ـ: فالأقْرَبُ أَوْلَىٰ، وٱبْنُ الأخِ وٱبنة الأُخْتِ يستويان.

ولو أوصَىٰ لقرابةِ فلانٍ ـ: فهو كما لو أوصَى لقرابةِ نَفْسِهِ: غير أنَّ هناكَ: يصرف إِلَيْه، وإنْ كان وارثاً لفلان.

ولو أوصَىٰ لجيرانه ـ: يصرفُ إلىٰ أربعين داراً مِنْ كُلِّ جانبٍ من الجوانب الأربع.

وعند أبي حنيفة: يصرَفُ إِلَىٰ الملاصِقِ دون المقابِلِ.

وقال أحمد: إلى الَّذِينَ يحضرُونَ مسجده.

ولو أَوْصَىٰ لأهْلِ بيتِ فلانٍ. قال ثعْلَبٌ: أهلُ بيته أقرباؤُهُ مِنْ قِبَلِ أبيه الأَدْنَىٰ فالأدنى.

ولو أوصَىٰ لذريته ـ فهم: الولَدُ وولَدُ الولد.

ولو أوصَىٰ لِعِتْرَتِهِ قال ثَعْلَبٌ وٱبْنُ الأَعْرَابِيِّ: همُ الأولادُ وأولادُ الأولادِ.

وقال الْقتَيْبِيُّ: الْعِتْرَةُ: العشيرة.

ولو أوصَىٰ لقرَّاءِ القرآنِ ـ: يُصْرَفُ إِلَىٰ من يقرأُ جميعَ القرآنِ، وهل يَدْخُلُ فيه مَنْ لا يحفَظُهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يدخُلُ؛ لعمومِ اللفظ.

والثاني: لا يدخُلُ لأنَّه لا يطلق هذا ٱلاسمُ في العرف إلاَّ على مَنْ يحفظه.

ولو أَوْصَىٰ للعلماءِ ـ: يصرَفُ إِلَىٰ علماءِ الشَّرْعِ؛ لأنَّه لا يطلَقُ هذا الاسْمُ إلا عليهم، ولا يدخُلُ فيه مَنْ سَمِعَ الحديثَ ولا يَعْرِفُ طُرُقَهُ؛ لأنَّ مجرَّد سماعِ الحديثِ: لا يكونُ علْماً، ولا يَدْخُلُ فيه أَهْلُ الكلامِ.

ولو أوصَىٰ للفقهاءِ ـ: فهو لِمَنْ يعلم أحكام الشرع، ومِنْ كُلِّ نَوْعٍ شيئاً.

ولو قال: لطلبةِ العِلْمِ ـ: صُرِفَ إِلَىٰ مَنْ دخَلَ في طلبِهِ يومئذٍ.

ولو قال: للمتصوِّفة ـ: صُرِفَ لِمَنْ تكُونُ أكثرُ أوقاته في العبادة.

ولو أَوْصَىٰ للأيتامِ ـ: فهو للصبيّ الذي لا أَبَ لهُ، ولا يدخُلُ فيه بالِغٌ ولا صغيرٌ له أبٌ، وهَلْ يدخُلُ فيه الغَنِيُّ؟ وجهانِ.

ولو أوصَىٰ للأرامِلِ ـ: دخل فيه من لا زَوْجَ لها مِنَ النساءِ، وهَلْ يدخل فيه مَنْ لا زوجَةَ له مِنَ الرجَالِ؟ فيه وجهان.

وهَلْ يدخُلُ فيه الغَنِيُّ منهم؟ فعلى وجهين.

ولو أَوْصَىٰ للشُّيُوخِ ـ: أعطى مَنْ جاوز الأربعين.

ولو أوصى للفتياتِ والشُّبَّانِ ـ: أعطى مَنْ جاوز البلوغَ إلى الثلاثين.

ولو أَوْصَىٰ للغلمانِ والصبيانِ ـ: أعطى مَنْ لم يبلغ.

ولو أوصى للفقراءِ ـ: جاز صرفه إلى المساكِينِ.

ولو أوصَىٰ للمساكينِ ـ: جاز صرفُهُ إلى الفقراءِ؛ لأنَّهما يجتمعانِ في الحاجَةِ.

ولو أَوْصَىٰ للفقراءِ والمساكين ـ: يجمع بينهما؛ فيجعل بينهما نصفين، كما في الزكاة.

ولو أوصَىٰ لسبيلِ الله ـ: دفع إلى الغزاةِ مِنْ أَهْلِ الصدقات.

ولو قال: إِلَىٰ أَهْلِ البرِّ أو في سَبِيلِ الثوابِ ـ: يُصْرَفُ إلى الأقارب.

ولو قال: إِلَىٰ أَعْقَلِ النَّاسِ ـ: فهُمُ الزُّهَّادُ.

ولو قال: إلى أجْهلِ النَّاسِ ـ: فالكُفَّار.

ولو أوصَىٰ إِلَىٰ رَجُلٍ بِأَنْ يضع ثلثه حَيْثُ يرى ـ: لا يجوزُ للوَصِيِّ أن يضعه من نفسه؛ كما لو وكله بالبَيْعِ ـ: لا يجوز أن يبيعَ في نفسِهِ، والأولَىٰ: أن يضع في أقارب المُوصِي الَّذِينَ لا يرثُونَ منه، ثم إِلَىٰ مَحَارِمِهِ بِالرَّضَاعِ، ثم إِلَىٰ جيرانِهِ كالمُوصِي نفسِهِ.

ولو أوصى لزيدٍ بدينارٍ، وبثلاثةٍ للفقراء، وزيدٌ فقيرٌ ـ: لم يعطَ إِلَىٰ زَيْدٍ غَيْرُ الدينارِ؛ لأنَّه

قطع الاجتهاد في الدَّفْع إليه بتقدير حَقِّه.

فَصْلٌ في الوَصِيَّة بالحمل

ولَوْ أوصَىٰ لحمل امرأةٍ بشيْءٍ ـ: يصحُ؛ إذا عَلِمَ ـ حَالَةَ الوصيَّةِ وُجُودَهُ؛ بأن ولدت لأقلَّ من ستة أشهرٍ مِنْ يوم الوصيَّةِ، ويُقْبَلُ قَيِّمُ الصبيِّ بعد خروجِهِ، وبعد موتِ المُوصي، ثُمَّ إنْ كَانُوا جَمَاعةً ـ كان لجميعهم؛ ذَكَرُهُمْ وأنثاهُمْ فيه سواءٌ.

ولو مات الموصِي، فَقَبْلَ خروج الحمل: قَبِلَ أبوه، ثم خرج الحَمْلُ حَيًّا: قال الشيْخُ القَفَّال: لا يصحُّ حتَّىٰ يُقْبَلَ بعد الخروجِ؛ لأنه لا يدري وجوده حالَةَ القبول؛ كما لو أوصى لغائبٍ بشيْءٍ، فبلغه، فَقَبِلَ، ولم يدر مَوْتَ الموصِي ـ: لم يصحَّ قبوله.

وقيلَ: فيه قولانِ؛ كما لو باعَ مَالَ ٱبْنِهِ علَىٰ ظَنٍّ أنَّه حَيٌّ، فَبَانَ ميتاً، وكما لو ثَبَتَتْ الشفعةُ لحمل إرثٍ، فأخذه له أَبُوهُ، ثم خرج حَيًّا ـ: هل يصحُّ؟ وجهان:

وإن ولدَتْ لأكثَرَ مِنْ ستة أَشْهرٍ ـ: لا يعطى؛ لأنَّهُ لا يتحقَّق وجودُهُ يوْمَ الوصيَّة.

وفيه قولٌ آخر: أنه إنْ كان لها زَوْجٌ فارَقَهَا، فأَتَتْ به لدونِ أربعِ سنينَ مِنْ يَوْمِ الفراقِ والوصيَّة ـ: يعطى؛ لأنا نجعلُهُ موجوداً في الإلحاقِ بالزوجِ؛ كذلك: في الوصية، والأولُ أصحُّ؛ بخلاف النسب؛ لأنه يثبت بالإمْكَانِ، والوصيَّةُ لا تثبت.

ولو خرج ميتاً، أو ضَرَبَ ضاربٌ بطنها، فألقَتْهُ ميتاً ـ: بطلت الوصيَّةُ؛ لأنَّه لا يتيقَّنُ حياتُهُ حالَةَ الوصيةِ؛ فلهذا: لا يحكم له بالإرث.

ولو أوصَىٰ لحملِ ٱمرأةٍ، فأتت بولدين.

أحدُهُمَا: للأقلِّ من ستةِ أشهرٍ مِنْ يومِ الوصيَّة، والآخَرُ لأكْثَرَ، ولكنْ بين الولَدَيْنِ أَقَلُّ مِنْ ستَّةِ أشْهرٍ ـ: صحَّتِ الوصيَّةُ لهما؛ لأنَّه إذا كان بينهما أَقَلُّ من ستةِ أشْهُرٍ، فهما حَمْلٌ واحدٌ.

ولو أَوْصَى لحملِ ٱمرأةٍ، فقال: إنْ وَلَدَتْ ذَكَراً ـ: فله أَلْفٌ، وإن وَلَدَتْ أنثَىٰ ـ فلها مِائَةٌ، فوَلَدَتْ ذكراً أو أنثَىٰ ـ: كان للذكر الألفُ، وللأُنثَىٰ المائَةُ، وإنْ ولدَتْ خنثَىٰ ـ: دفع إليه المائة؛ لأنَّهُ يقينٌ، ويوقَفُ الباقي إلىٰ أن نتَبَيَّنَ حالُهُ.

وإنْ ولَدَتْ ذكَرَيْنِ أو أنْثَيَيْنِ ـ: فيه ثلاَثَةُ أوجُهٍ:

أحدها: أَنَّ الوارثَ يدفع الألْفَ إلَىٰ مَنْ شاء من الذكرَيْنِ، والمِائَةُ إلى مَنْ شاء مِنَ الأُنثَيَيْنِ ـ: فٱلاختيارُ إلَيْهِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ لأحدهما، فلا تدفع إليهما؛ كما لو أَوْصَىٰ لرجلٍ بِأحد عَبْدَيْهِ ـ: كان الاختيارُ إلى الوارث.

والثَّاني: يَشْتَرِكُ الذُّكرانُ في الألْفِ والأنثيانِ في المائة؛ لأنَّه ليس أحدُهُمَا بأَولَىٰ من الآخَرِ، ولَيْسَ كالعبدِ؛ لأنَّه جعلَهُ إلى الوارثِ.

والثالث: توقف الألْفُ بين الذكرَيْنِ، والمائةُ بَيْنَ الأنثيينِ، إِلَىٰ أَنْ يبلغا ويَصْطَلِحَا.

ولو قَالَ: إن كانَ ما في بَطْنِكِ ذكراً ـ فله ألْفٌ، وإن كان أنثى ـ فلها مائةٌ، فولَدَتْ ذكراً وأنثَىٰ ـ: لا يستحقُّ واحدٌ منهما شيئاً؛ لأنه شرط أَنْ يكُونَ جميعُ ما في بطنها ذكراً، أو جميعه أنثَىٰ، ولم يوجَدْ ذلك.

ولو أَوْصَىٰ لحَمْلِ عَمْرةَ مِنْ زَيْدٍ، فأتَتْ به لأقَلَّ من ستة أشهرٍ مِنْ يوم الوصيَّةِ، ونفاه زَيْدٌ باللعانِ ـ: فلا تصحُّ الوصيَّة، وكذلك: لو أتَتْ به لأقلَّ من ستة أشهر مِنْ يومِ الوصيَّة، ولأكثر مِنْ أَرْبَعِ سنين مِنْ يومِ فَارَقَهَا زَيْدٌ ـ: فلا شَيْءَ له.

ولو أَوْصَىٰ لما تَحْمِلُ هذه المرأة ـ: لا تصحُّ؛ كما لو وَقَفَ عَلَىٰ مسجدٍ يبنى ـ: لا تصح.

ولو أوصَىٰ لدابَّة إنسانٍ بشَيْءٍ ـ: سئِلَ: فإن قال أردتُ أن تكون ملكاً لها ـ: فالوصيَّةُ باطلةٌ، وكذلك: لو أطلق، ولم يكُنْ له نيَّةٌ؛ لأنَّ الدابَّةَ لا مِلْكَ لها، ولا يمكنُهَا القَبُولُ؛ بخلافِ العبدِ؛ فإنه يمكنُهُ أَنْ يقبل، وقد يعتق قَبْلَ موتِ الموصِي، فيملك.

وإن قال: أردتُ أنَّهَا تعلف منه ـ: صَحَّ، إذا قبل صاحبُ الدابَّةَ؛ لأن علف الدابَّة علَىٰ مالكها؛ فهو بهذه الوصيَّة يقصدُ صَاحِبُهَا؛ فيشترط قبوله، وله الرَّدُّ، كما لو أوصى لعمارةِ دارِ فلانٍ بشَيْءٍ ـ: فَلِمَالِكِهَا الرَّدُّ والقبولُ.

قال صاحب «التلخيص»: وَمَتَىٰ قَبِلَ صاحب الدابَّة ـ: ينفقُ عليها وصيُّ الموصي؛ لأنه لم يملك صاحب الدابَّةِ، إنَّما أوصَىٰ أَنْ يصرفَ إِلَىٰ وجْهٍ خاصٍّ.

وفَرَّعَ عليه بعْضُ أصحابنا، وقال: إذا لَمْ يكُنِ الموصِي وصَّىٰ ـ: ينفقُ رَبُّ الدابَّة عليها.

وقال الشيخُ القَفَّال: عندي إذا قَبِلَ صاحبُ الدابَّة ـ: دفع إلَيْه، وهو ملكُهُ، فإن شاء أنْفَقَ مِنْهُ، وإنْ شاء أمْسَكَهُ.

فَصْلٌ فِيمَا يُوصَىٰ بِهِ

إذا أَوْصَىٰ لإنسانٍ بحرفةِ عَبدِهِ، أو منفعةِ عبدِهِ، أو بِغَلَّةِ دارِهِ، أو مَنْفَعَتِهَا، أو بثَمْرةِ بستانِهِ ـ: تصحُّ؛ سَواءٌ أَوصَىٰ به مؤقتاً أو مؤبَّداً، ومطلقه يقتضي التأبيدَ، وهُوَ مُدَّة بقاء العبد، ويكون من الثلثِ، ويملك الموصَىٰ له منافِعَ العَبْدِ وأكسابَهُ، وماذا يعتبَرُ من الثلث؟ ففيهِ أوْجُهٌ:

أصحُّهَا: نصَّ عليه في «الإملاء»: يعتبرُ جميعُ قيمةِ الرقبةِ بِمَنَافِعِهَا مِنَ الثلثِ؛ لأنَّه أوقَعَ

الحيلولَةَ بينها وبَيْنَ الوارث؛ كالغَاصِبِ: يَضْمَنُ قيمَةَ العَيْنِ، وَإِنْ لم يَزُلْ مِلْكُ المالكِ عَنِ العَيْنِ؛ ولأَنَّ قيمةَ العينِ بالمنفعةِ، وَقَدْ جعلها للغَيْرِ، وكما لو بَاعَ بثَمَنٍ مؤجَّل: يعْتَبَرُ جميع قيمتِهَا مِنَ الثلثِ.

والثاني: ـ خرَّجه ٱبْنُ سُرَيْجٍ ـ: يعتبرُ ما بَيْنَ قيمتِهِ مَسْلُوبَ المنفعةِ وغَيْرَ مَسْلُوبِ المَنْفَعَةِ، وإنْ كانت مؤقَّتةً تُقَوَّمُ كامِلَ المنفعةِ ومسلُوبَ المنفعةِ سنَةً؛ لأَنَّ الرقبةَ باقيةٌ علَىٰ مِلْكِ الورثة، وقيمتُهَا محسوبةٌ عليهم.

والوَجْهُ الثالث: إنْ أوصَىٰ بها مؤبَّداً ـ: يعتَبَرُ جميعُ قيمتِهِ مِنَ الثلثِ، وإنْ أَوْصَىٰ مؤقتاً ـ: تُقَوَّمُ المنفعةُ سَنَةً؛ فيعتبر قَدْرَهَا مِنَ الثُّلُثِ، ولا تُقَوَّمُ الرقبة؛ لأَنَّ الرقبَةَ لم تَصِرْ مسلوبةَ المنفعةِ؛ لأَنَّ منافعها بَعْدَ مضيِّ المدَّةِ تكونُ للوارث؛ ولأَنَّ المنافع إذا تأَبَّدَتْ لا يُعْرَفُ قدرُهَا، حتَّىٰ يعتبرَ من الثلثِ، وإذا تَأَقَّتَتْ ـ يُعْرَفُ قدرها؛ فيمكن ٱعتبارُهَا من الثلث.

وقال الخُضَرِيُّ: إذا كانَتْ مؤقَّتَةً ـ: يبنَىٰ علَىٰ جواز بَيْعِ الدارِ المكراةِ، إن لمْ نُجَوِّزْ بيعها ـ: يعتبر جميعُ قيمتها مِنَ الثلثِ، وإن جَوَّزْنَا بيعَهَا ـ: فتعتبر المنفعَةُ من الثلث، فإنْ قلنا: يعتبر خروجُ جميعِ العين مِنَ الثُّلُثِ: فإن كانَتْ قيمةُ العَبْدِ، أو قيمةُ الدَّارِ مائَةً، وله سواها مائتانِ ـ: صحَّتِ الوصيةُ في الكُلِّ، وإنْ لم يَكُنْ له مالٌ سواه ـ: صحَّتِ الوصيةُ في ثُلُثِ منافعِ الدارِ، ويَبْقَىٰ ثُلُثَا المنافعِ مَعَ جميعِ الرقبةِ للوارث.

قال الخُضَرِيُّ: إذا أوصَىٰ بخدمَةِ عَبْدِهِ سنَةً، ولم يعيِّن، بل قَالَ: سنةً من السِّنين ـ: فتعيينُهُ إلى الوارث، أو أوصَىٰ بثمرةِ بستانِهِ العَامَ، وقال: إنْ لم يثمر ـ يستحق ثَمَرَ العَامِ الثاني، أو جعل له خِدْمَة عبده العَامَ: فإن مرض هذا العَامَ ـ خدم عاماً آخر، أو أوصَىٰ بخدمَتِهِ مدَّةَ حياة زيدٍ ـ: فهذا كلُّهُ صحيحٌ، وهو كما لو أَطْلَقَ في أنَّه يعتبر جميعُ قيمته مِنَ الثلثِ، لأنَّهُ لا تتعيَّن لهُ سَنَةٌ، حتَّىٰ تعتبر منفعتُهَا، ولا يَجُوزُ بيعُهُ؛ فتبنَىٰ على بيعِ المُكْرَاةِ؛ لأنَّه لا يَدْرِي متَىٰ يخلص منفعته للمشتري، فإنْ عين عاماً معلوماً، بحيْثُ إن أخلف ـ لم يستحقَّ الموصَىٰ له بعد ذلكَ شيئاً ـ: ففي جوازِ بيعِهِ قولانِ؛ كالمُكْرَاةِ.

ولو أوصَىٰ بالرقبة لواحد، وبالمنفعة لآخَرَ قوِّمَتِ الرقبةُ في حَقِّ الموصَىٰ له بها، والمنفعةُ في حَقِّ الآخر.

وإذا أوصى بمنفعةِ عَبْدٍ أو ولدٍ، فَعَيْنُ العَبْدِ والدارِ يَكُونُ أمانَةً في يدِ الموصَىٰ له، حتَّىٰ لا يلزمَهُ ضمانُ الرَّدِّ. ونفقة العَبْدِ تكونُ على الوارثِ؛ وكذلك: فطرته، سَوَاءٌ قال: مؤبَّداً أو مؤقتاً؛ كما لو أَجَرَ عَبده مِنْ إنسانٍ، أو أَعَارَ: تكونُ نفقته على المالِكِ، حتَّىٰ لو أوصى لإنسانٍ بمنفعة عبدِهِ، ولآخَرَ برقبته، فقبلا ـ: تكون نفقتُهُ وفطرتُهُ على الموصي له بالرقبة؛ كالمؤبَّد وجهاً واحداً.

إذا أوصَىٰ بمنفعةِ عَبْدِهِ لإنسانٍ مؤقَّتاً ـ: فنفقته على الوارثِ، وإن أوصىٰ مؤبَّداً ـ: ففيه أوجه:

أصحُّها: على الوارثِ؛ لأنَّه مالك رقبته.

والثاني: على الموصَّىٰ له نفقته دُونَ فطرته.

والثَّالثُ: في كسبِهِ، فإن لم يَكُنْ له كَسْبٌ ـ: ففي بيتِ المال.

وإن احتاج البستانُ الموصَىٰ بثمرتِهِ إِلَىٰ سَقْيٍ أو الدارُ إلى عمارةٍ ـ: لم يَجِبْ ذلك على واحدٍ منهما؛ لأنَّهُ لو انفردَ واحدٌ بملْكِ الكُلِّ ـ: لم يُجْبَرْ على الإنفاقِ عليه.

ويجوزُ للموصَىٰ له بمنفعةِ الدارِ والعَبْدِ إعارَتُهُ وإجارَتُهُ؛ لأنَّه مالكٌ لِملْكِ المنفعة.

ويجوزُ أنْ يُسَافِرَ بالعَبْدِ، وإذا مات الموصَىٰ له؛ فتكونُ تِلْكَ المنفعةُ لوارثه، مؤبَّداً كان أو مؤقَّتاً.

ولو ماتَ العَبْدَ ـ: بَطَلَتِ الوصيةُ؛ وكذلك: لو انْهَدَمَتِ الدارُ، ولو قتل ـ: كانَتْ قيمته للوارث.

وقيلَ: إنْ كانَتِ الوصيَّةُ مؤبَّدةً ـ: يشتري بقيمته عبداً آخَرَ يخدُمُ الموصَىٰ له.

ولو جَنَىٰ عليه ـ: كان الأرش للوارثِ عَلَىٰ ظاهِرِ المذهب.

ولو أعْتَقَهُ الوارثُ ـ: عَتَقَ مسلوبَ المنفعةِ، فلا يرجعُ المعتق بقيمةِ منفعتِهِ على المعتِقِ؛ بخِلافِ ما لو أَجَرَ عبدَهُ، ثم أعتقه ـ: يرجعُ بِأَجْرِ مِثْلِ ما بَقِيَ مِن المُدَّةِ على المُعْتِقِ في وَجْهٍ؛ لأنَّهُ أخذ عِوَضَ تلك المنفعةِ، وههنا: لم يأخذ؛ وهذا لأنَّه أتْلَفَ على العبدِ منفعتَهُ بَعْدَ الحريَّة بعَقْدِهِ مِنْ قَبْلُ، فضمن، وههنا: لم يملك الوارثُ إلاَّ رقبتَهُ مسلوبَ المنفعةِ؛ فبإعتاقه: لم تتلَفْ منفعته، ولو باعه الوارثُ، إن كانَتِ الوصيَّةُ مؤبَّدة ـ: لم يصحَّ بيعُهُ، وإن كانَتْ مؤقَّتةً ـ: فعلَىٰ قولَيْ بيعِ الدارِ المكراة.

ولو بَاعَهُ من الموصَىٰ له ـ: يجوز في المؤقَّتِ وفي المؤبَّد وجهان:

ولو أوصَىٰ له بحرفةِ أَمَةٍ ـ: لا يجوزُ للموصَىٰ له وطؤها ولا للوارثِ، ويجوز تزويجُهَا لاكتسابِ المَهْرِ، ومَنْ يزوِّجها؟ قيل: يزوِّجها الوارثُ، وقيل: لا يصحُّ التزويجُ إلاَّ بإنفاقِهَا علَيْه، فلو وطئَهَا الوارثُ ـ عليه المهرُ للموصَىٰ له.

قلْتُ وإنْ أتَتْ بولَدٍ مِنْ زَوْجٍ أو زناً ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يكونُ الولَدُ ملكاً للموصَىٰ له؛ كالنسب.

والثاني: هو كالأمِّ، وهو الأصحُّ، يخدمه، فرقبته للوارثِ، ومنفعته للموصَىٰ له.

ولو أولَدَهَا الوارثُ ـ: فالولد حُرٌّ، وتصير أمَّ ولدٍ له، وتعتق بموتِهِ مسلوبَةَ المنفعةِ، ويجبُ عليه قيمة الولدِ، ثُمَّ فيه وجهان:

أحدُهُما: يكونُ مِلْكاً للموصَىٰ له.

والثاني: يشتري به رقبة أخرى تخدمُ الموصَىٰ له، ورقبته للوارث.

ولو وَطِئَهَا المُوصَىٰ له: لا حَدَّ عليه؛ للشُّبْهَةِ؛ بخلاَفِ المُسْتأجرةِ: إِذَا وَطِيءَ ـ: عليه الحَدُّ؛ لأَنَّه لم يَمْلِكْ منفعةَ البُضْعِ؛ بدليلِ أنها إذا وُطِئَتْ يكُونُ المهر للمالكِ، والموصَىٰ له مَلَكَ منفعةَ البضع؛ بدليلِ أَنَّها إذاَ وُطِئَتْ يكُونُ المهرُ له، ولو أَوْلَدَهَا: لا تصيرُ أمَّ ولدٍ له، والولَدُ حُرٌّ، وهل عليه قيمةُ الولدِ؟ إنْ جعلنا الولدَ كالنَّسَبِ ـ: لا تجبُ وإنْ جعلناه كالأصْلِ ـ: تؤخذُ القيمةُ؛ فَيُشْتَرَىٰ بها عبد يخدمُهُ، وقيمته للوارث.

هذا كُلُّه فيما إذا أوصَى بمنافِعِه أبداً أو بحياة العبد أو بمدَّة معلومة.

أما إذا قال: أوصَيْتُ لك بمنافِعِهِ حياتَك ـ: فهو إباحَةٌ، وليس بتمليكٍ، وليس له أنْ يؤاجره.

وإذا مَاتَ الموصَىٰ له ـ: رجع إلَىٰ وارثِ الموصِي، وكذا: لو قَالَ: أوصيْتُ لك بأنْ يخدمَكَ هذا العَبْدُ ـ: صَحَّ، وتعتبر مِنَ الثلُثِ منفعتُهُ، وليس له أَن يؤاجِرُه، وهَلْ له أَنْ يُعِيرهُ؟ فعلىٰ وجهين؛ كالمستعار؛ لأنه إباحَةٌ ليس بتمليكٍ، ويرتفع بموتِ الموصَىٰ له.

وكذلك: في الدار لو قال: أوصَيْتُ لك بأَنْ تسكنها ـ: فهو كالإعارة.

قال ٱبْنُ حَدَّاد: ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بدينارٍ مِنْ غَلَّةِ دارِهِ، وغَلَّةُ دارِهِ كلَّ سنةٍ عشرةُ دنانيرَ ـ: تصحُّ، وليس للوارثِ بَيْعُ الدارِ ولا بَيْعُ شيءٍ منهـا؛ لأنَّ غلَّتها ربَّما تنقصُ؛ فتعود إلَىٰ دينارٍ أو أَقَلَّ، أمَّا إذا أوصَىٰ بعُشْر غَلَّة داره ـ: فللوارث بَيْعُ تسعةِ أعشارها.

ولو أوصَىٰ بدينار مِنْ غلتها، ولم تَخْرُجِ الدارُ مِنَ الثلثِ، ولم يُجزِ الوارِثُ ـ: بيعُ الثلثين، ويُصْرَفُ دينارٌ من غَلَّةِ الثلثِ إلَيْه، إنْ حصل؛ وإلا فَبِقَدْرِ ما يَحْصُلُ.

إذا أَوْصَىٰ بثمرةِ بستانِهِ ـ: يصحُّ، وإنْ كانَتْ معدومَةً؛ كمنفعة الدارِ؛ وكذلك: إذا أَوْصَىٰ بما تحمل هذه الجاريَةُ، أو بما تَحْمِلُ هذه الشجرةُ، أو بصوفِ هذه الشاةِ أو لبنها.

وقيل: إنِ ٱعتبرنا حَالَ الوصيةِ ـ: لا تصح.

وقال أبو حنيفة: لا تصحُّ إلا فيما كَانَ موجوداً يَوْمَ الوصيَّةِ من الحَمْلِ في البطنِ واللَّبنِ في الضَّرْعِ والصُّوفِ على الظهر، وقال في ثمرة الشجرة: تصحُّ، وإنْ لم يكُنْ موجوداً في الحَالِ، والكُلُّ عندنا سواءٌ؛ لأنَّ الوصيَّةَ تَقْبَلُ من الغرر ما لا يَقْبَلُهُ سائرُ العقودِ، وقيل: إذا

أوصَىٰ بما تحمل هذه الجاريةُ، أو بولدِ شاةٍ، وهي في الوقتِ حائلٌ: أنه لا يجوزُ بخلافِ ثمرة البستانِ وصُوفِ الشاةِ ولَبَنِها؛ لأنَّ ثمرة هذه الأشياءِ تَحْدُثُ على العادةِ مِنْ غير إحداثِ شَيْءٍ في الأصلِ؛ فكانَتْ كالموجودةِ حالَةَ العقدِ، والوَلَدُ لا يحصُلُ مِنْ غيرِ إحداثِ شيءٍ؛ فلم تَصِحَّ الوصيةُ بِهِ قَبْلَ الوجودِ، والأولُ أصحُّ.

وإذا أَوْصَىٰ بثمرةِ بُسْتَانه، وهي موجودةٌ ـ: تعتبر قيمتُهَا من الثلثِ، وإنْ لم تَكُنْ موجودةً: فإن كان علَى التأبيدِ ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُمَا: يُقَوَّم جميعُ البستانِ.

والثاني: يَقُوَّمُ كامِلَ المنفعةِ، ثم يُقَوَّمُ مسلوبَ المنفعةِ، ويعتبر ما بينهما مِنَ الثلثِ: فإن أحتملَهُ الثلث ـ: تقدَّرُ الوصيَّةُ، وإن أحتمل بعضها ـ: كان للموصَىٰ له قَدْر ما أحتمل من الثلثِ؛ فيشاركه الورثةُ فيه، فلو كان الَّذي يحتمله النصْفَ ـ: كان للموصَىٰ له مِنْ ثمرة كُلِّ عامٍ النصْفُ، وللورثة النصْفُ.

أَمَّا إذا أوصَىٰ بَحمْلٍ مَوْجُودٍ في البَطْنِ، فقال: أَوْصَيْتُ لك بحَمْلِ هذه الجاريةِ، أو بَحْملِ هذه الدابَّةِ ـ: يجوز، ثُمَّ إنْ آتَتْ به لأَقَلَّ من ستَّةِ أشهرٍ مِنْ وقتِ الوصيَّةِ، أو لأقلَّ من استيلادها في الدابَّة ـ: كان للموصَىٰ له، وإن أَتَتْ به لستَّة أشْهُرٍ فَأَكْثَر، ولدُونِ أربعِ سنينَ ـ نُظِرَ: إن كان لها زَوْجٌ يطؤها ـ: فالوصيةُ مردودَةٌ؛ لاحتمالِ أنَّهُ حدث من بَعْدُ، وإنْ لَم يَكُنْ لها زوْجٌ يطؤها ـ: ففيه قولان؛ كما ذكرنا في الوصية: للحمل، وإذا أَوصَىٰ بالحَمْلِ ـ: هَلْ يصحُّ القبولُ قَبْلَ الوضع؟ إن قلنا: الحَمْلُ يُعْرَفُ ـ: يصحُّ؛ وإلا فلا.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بجاريةٍ، ولآخَرَ بحملها ـ: صحَّتِ الوصيَّةُ لهما.

ولو أوصَىٰ بالجاريةِ، وأستثنَىٰ لنفسه الحَمْلَ ـ: يجوزُ.

ولو أوصَىٰ، وقال: أعطوا فلاناً رأساً مِنْ رقيقِي، وله أرقاءُ ـ: أعطى الوارث منها ما شاء، ذكراً أو أنثى أو خنثى، صغيراً أو كبيراً، أو معيباً أو كافراً، فلو مَاتَ الكُلُّ قبل مَوْتِ المُوصِي، أو قتلوا، أو أعتقهم إلاَّ واحداً ـ: أعطي ذلك الواحد، وإنْ كان خيرها، ولم يكُنْ للوارث ـ: دَفْعَ قيمة واحد من المقتولين.

ولو مات الكلّ أو قُتِلُوا قَبْلَ موت الموصِي ـ: بطلَتِ الوصيَّةُ، ولو مات واحدٌ منهم بَعْدَ موت الموصِي والقبول ـ: للوارثِ أنْ يعيِّن فيه حتَّىٰ يجبَ الكَفَنُ على المُوصَىٰ له، وإن قَبِلَ وعَيَّن فيه ـ: كانَتِ القيمةُ للموصَىٰ له.

وإنْ مات واحدٌ، أو قتل بعد مَوْتِ الموصَىٰ، وقَبْلَ القبولِ: إن قلنا: المِلْكُ للموصَىٰ له بالمَوْتِ، أو يَكُونُ موقوفاً ـ: فهكذا للوارث أنْ يعيِّن فيه، وإنْ قَبِلُوا ـ: يعطي قيمة أيِّهِمَا شاء،

وإنْ قُلْنَا: يملكُ بالقَبولِ: فإنْ مات أو قتلوا جميعاً ـ: بطَلَتِ الوصيَّةُ، وإن بقي بعضهم ـ: فيعطى واحداً مِنَ الباقين كما لو مات قَبْلَ مَوْت الموصِي.

ولو كان لَهُ يَوْمَ الوصيَّةِ رقيقٌ واحدٌ ـ: يعطى ذلك الواحد، وإنْ لم يكُنْ له رقيقٌ يَوْمِ الوصيةِ، ولَمْ يحدثْ قَبْلَ الموت ـ: فالوصيَّةُ باطلَةٌ؛ وكذلك: لو قال: أعطُوا فلاناً عبدي الحَبشيَّ، أو وصفه بصفةٍ، وله عبيدٌ ولم تكنْ بتلك الصفةِ ـ: فالوصيَّةُ باطلةٌ، ولا يشتري مِنْ ماله، وإنْ حدث له أرقاءُ قبل الموت ـ: هل يُعْطَىٰ من ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يعطى، والوصيةُ باطلةٌ؛ اعتباراً بيَوْمِ الوصيَّة.

والثاني: يعطى، اعتباراً بيَوْمِ الموت.

ولو كانَتْ له أرقَّاءُ، وحَدَثَ آخرون ـ: هَلْ يتعيَّنُ حقُّ الموصَىٰ له في الأوَّلِينَ أم للوارِثِ أنْ يعطى مِنْ أَيِّ الحِزْبَيْنِ شَاءَ ـ: فعلَىٰ هذين الوجْهين، ولو قال: أعطوه رقيقاً مِنْ مالي، ولم تَكُنْ له رقيقٌ: يشتري مِنْ مالِهِ بَعْدَ موتِهِ، ولو كان لَهُ أرقَّاءُ: فإن شاء الوارثُ أعطَىٰ واحداً منها، وإنْ شاء ـ اشترى.

ولو أوصَىٰ، وقال: اشتروا لفلانٍ مملوكاً أو شاةً ـ: لم يجُزْ أن يشتري معيبةً ولا خنثَىٰ؛ لأن الخنوثَةَ عَيْبٌ؛ بخلافِ ما لو قال: أعطوه رأساً مِنْ رقيقِي، أو شاةً من شياهِي؛ لأن إطلاقَ الأمرِ بالشراء ـ: يقتضي السَّليمَ؛ كما في التوكيلِ بالشراء.

قلْتُ: ويحتملُ غيره.

ولو قال: أعطُوهُ رأساً من الرقيقِ، ولم يَقُلْ: من مالِي، أو قال: ديناراً، ولم يَقُلْ مِنْ مالي ـ: لا يكونُ وصيَّةً.

ولو قالَ: أعطُوهُ عبداً ـ: لا يعطى أمَةً، ولا خنثَىٰ، إذا كان مشكلاً؛ فإن كان واضحاً ذكراً ـ: يجوز.

ولو قَالَ: أعطوه أمةً ـ: لا يعطَىٰ عبْداً ولا خنثَىٰ، وكذلك: لو أوصَىٰ بعتْقِ عبدٍ أو أمةٍ.

ولو قال: أعطُوهُ رقيقاً يخدمُهُ في السفرِ ـ: لا تجوزُ أمَة ولا خنثَىٰ، ولو قال: ليستمتعْ به أو ليحصِّنْ ولده ـ: لا يجوزُ عبدٌ ولا خنثَىٰ.

ولو قال: أعطوه شَاةً من شياهي ـ: يعطَىٰ واحدةً منها، ذكراً أو أنثى أو خنثى، ضائنةً أو ماعزةً؛ صحيحةً أو مَعِيبَةً؛ فإن كانَتْ أغنامُهُ كلُّها ذكوراً ـ: لا يدفع إليه أنثَىٰ، وإن كانَتْ إناثاً ـ: لا يدفـع ذكـرٌ، ولا يَجُوزُ سَخْلَةٌ؛ لأنَّها لا تُسَمَّىٰ شاةً، ويجوز صغيرة الجُثَّةِ، ولو لَمْ يَكُنْ له شاةٌ ـ: فالوصية باطلةٌ إلاَّ أن يقولَ: شاة مِنْ مالِي، فيشتري واحدة.

ولو قال: شاة يحلبها ـ: لا يجوزُ إلاَّ أنثى.

ولو قال: شاة للإنزاءِ ـ: لا يجوز إلاَّ ذكر، ولا يجوزُ فيها خنثىٰ.

ولو قال: أعطوه ناقةً مِنْ نوقي ـ: يعطى أنثىٰ، ولو قال: جملاً مِنْ إبِلِي ـ: يُعْطَىٰ ذكراً.

ولو قال: بعيراً ـ: نصَّ على أنه يُعْطَىٰ ذكراً، والصحيحُ: أنه ٱسْمُ جنسٍ، يجوز الذَّكرُ والأنثىٰ، ولو قَالَ: عشراً مِنْ إبْلِي ـ: يجوزُ الذكَرُ والأنثى، ولو قال: أعطُوهُ ثَوْراً مِنْ بقري، يعطى ذكراً.

ولو قَالَ: عَشْرَ بقراتٍ ـ: يعطَى الإناثَ، ولو قال: بقرة، أو بَغْلَة ـ: يعطى أُنثَىٰ؛ وقيل: الهاءُ للتغريدِ؛ فيجوز الذكرُ والأنثَىٰ، وهو قولُ أبي حنيفةَ.

والأولُ أصحُّ.

وكذلك لو وكَّله بشراءِ بقرةٍ أو بغلةٍ ـ: تكونُ أنثىٰ، ولو قَالَ: عَشْر من البَقَرِ ـ: فهي للذكرِ والأنثىٰ.

ولو قال: أعطوه دابَّةً من دوابِّي ـ: أعطي واحدةً مِنَ الخَيْلِ، أَو البغالِ أو الحميرِ، ذكراً كان أو أنثىٰ، صغيراً أو كبيراً، أعْجَفَ أو سميناً، ولا يعطَىٰ مِنْ غيرها؛ لأنَّها المعهودَةُ في العُرْفِ، وإنْ كانَتِ الدابَّة في اللُّغَة ٱسماً لكلِّ ما يَدِبُّ على وَجْهِ الأَرْضِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ له شيءٌ، مِنْ هذه الأنواعِ ـ: لا تصحُّ الوصيةُ، وإنْ كان له نوعان منها ـ: وقع واحداً مِنْ أيهما شاءَ الوارثُ، وإنْ كان نوعٌ واحدٌ ـ: يعطَىٰ واحدٌ منه، هذا إذا أطلق، فإن قَرَن به ما يدُلُّ على أنَّ المراد منه أحَدُ الأنواع ـ: يحملُ عليه؛ مثلُ: أَنْ يقولَ: دابَّة للغزو ـ: فيحمل علَى الخَيْلِ، وإن قال: دابَّة للحَمْلِ ـ: أعطي حماراً أو بغلاً، فإنْ كان ببلدٍ يحملونَ على البَرَاذين ـ: جاز إعطاءُ بِرْذَوْنٍ، وإن قال: دابَّة؛ لينتفع بظهرها ونسلها ـ: يحملُ علَى الخَيْلِ أو الحُمُرِ، لأن البغالَ لا نَسْلَ لها، ولو قال: لينتفع بظهرها ودَرِّها ـ: يحمل على الخَيْلِ؛ لأن البغالَ والحميرَ لا دَرَّ لها.

وتجوزُ الوصيَّةُ بما يجوزُ الانتفاعُ به من النجاساتِ؛ كالسماد والزَّيْتِ النَّجِسِ والكَلْبِ والميتةِ على طريقِ نَقْلِ اليَدِ؛ لأنَّه يحلُّ اقتناؤها للانتفاعِ، أما ما لا يحلُّ الانتفاعُ به، كالخمر والخنزيرِ والكَلْبِ العَقُورِ ـ: لا تجوزُ الوصيَّةُ به.

فلو أوصَىٰ، وقال: أعطُوهُ كلباً مِنْ كلابِي، أو كَلْباً مِنْ مالي، وله كلابٌ ـ: يعطَىٰ واحداً ممَّا يَجُوزُ ٱقتناؤهُ مِنْ كَلْبِ صيدٍ أو ماشيةٍ أو زرعٍ؛ لأنَّ الكَلْبَ ـ وإنْ لم يكُنْ مالاً ـ فَمِنْ حيثُ إنه يقتنيه، وتحت يده: كالمالِ، ولا يُعْطَىٰ كلْبَ هِرَاشٍ[1]، فإن لم يَكُنْ له كلْبٌ، أو كان كلب هِرَاشٍ ـ: فالوصيةُ باطلةٌ، سواءٌ قال: كلباً من كلابي، أو كلباً مِنْ مالِي؛ لأنه لا سبيلَ إلى

(١) كلب هِرَاشٍ: الهِرَاشُ: المهارشة بالكلاب؛ وهو تحريش بعضها على بعض. مختار الصحاح ص ٦٩٤.

شرائه، ولو كانَتْ له كلابٌ، فأوصَىٰ بها لإنسانٍ، ولا مال لَهُ ـ: أعطي ثلثها، وكيف نقدّر الثلثَ، إذا وصَّى بثُلُثِ كلابِهِ؟ ففيه أوجه:

أحدها: بالعَدَدِ؛ فإنْ كان له ثلاثُ كلابٍ ـ: يعطى واحدةً منها.

والثَّاني: قاله صاحب «التلخيص» ـ: يقدَّر له قيمة، فيعطَىٰ ثلثها بأعتبار القيمةِ.

والثالث: يقدر بالمنفعةِ، وإنْ لم يَكُنْ له إلاَّ كَلْبٌ واحد ـ: أوصَىٰ به لإنسانٍ، أعطي ثلثه، ولو أوصَىٰ بكلابِهِ، وله مالٌ: من أصحابِنَا مَنْ قال ـ: وهو قولُ ابْنِ أبي هريرَة ـ: يعطَىٰ إليه جميعُ الكلاب، وإنْ كَثُرَتْ، وإنْ كان المالُ قليلاً، ولو دانقاً؛ لأنَّ المال ـ وإن كان قليلاً ـ فهو خيرٌ من الكلابِ؛ إذ لا قيمةَ للكلابِ، حتَّىٰ تكون وصيَّتُهُ خارجَةً من الثُّلث.

ومنهم مَنْ قال: تُقَوَّمُ منافعُ الكلاب؛ فتُضمُّ إلَىٰ مالَهُ مِنَ المالِ؛ فيدفَعُ إليه الثلثُ من الكلابِ؛ كما لو أوصَىٰ لإنسانٍ بثلثِ مالِهِ، وله أعيانٌ ومستَغَلاَّتٌ وعبدٍ أُوصِيَ له بخدمتِهِ ـ: ضم المنافع إلى الأَعْيَانِ، ويخرج الثلث:

قلتُ: وعلَىٰ ما قال صاحبُ «التلخيص» تقدَّر للكلابِ قيمَةٌ، فتضمُّ القيمة إلى ما عِنْدَهُ مِنَ المالِ، ويعطى الثلث.

وقال الإصطخريُّ: يعطي إلَيْه ثُلُثُ الكلابِ؛ لأنَّ الكَلْبَ ليسَ بمالٍ؛ فيعتبر حالُهُ بنفسه، ودفع إلى الموَصىٰ له ثلثه.

ولو قال: أعطُوهُ طَبْلاً مِنْ طُبُولِي، وله طُبُولٌ ـ: يعطي إليه طَبْلَ حَرْبٍ، أو طَبْلَ نَار، أو طبلَ عكَّارٍ، ولا يعطَىٰ طَبْل اللَّهْو، إلا أن يصلح لشيْءٍ مباح قَبْلَ تغيـيره أو بعد تغييره، مع بقاء آسْمِ الطَّبْلِ عليه؛ فيجوزُ أن يعطى ذلك، ولو لَمْ يَكُنْ له إلاَّ طَبْلٌ لهوٍ لا يصلحِ لمُبَاحٍ، ولو فصل لمباحٍ لا يقعُ عَلَيْهِ آسْمُ الطَّبْلِ ـ: فالوصيَّةُ باطلة.

ولو قال: طَبْلاً مِنْ مالِي ـ: يشتري له طَبْل حربٍ أو لَهْو أو نار، ولا يجبُ إعطاءُ الجِلْدِ إذا كان يسمَّىٰ طبلاً، فإن كان لا يَقَعُ عليه آسْمُ الطَّبْلِ إلاَّ مع الجَلْدِ أعطي مع الجلد.

ولو قال: أعطوه عُوداً مِنْ عيدَانِي ـ: فإطلاقُ آسْمِ العودِ إنَّمَا يتناول العود الذي يضرَبُ به دون غيرِهِ؛ فوصيته تُحْمَلُ عليه، فإنْ كانَتْ له مِنْهُ عيدَانٌ تصلُحُ لمنفعةٍ مباحةٍ على صِفَتِهِ ـ: يعطى، وإنْ لم تصلُحْ لمنفعةٍ مباحةٍ، حتَّىٰ يغير ـ: لا يقع عليه آسْمُ العود بعده؛ فوصيَّتُهُ باطلةٌ، ولا يعطَىٰ مِنْ عيدانِ القِسِيِّ والبناء؛ بخلافِ الطبلِ، حيْثُ قلْنا: يعطى طبل الحرب والعكار؛ لأن اسم الطَّبْلِ يطلق على طَبْلِ الحربِ واللَّهْوِ جميعاً، وآسْمُ العُودِ لا يطلَقُ إلا علَىٰ عُود اللَّهْوِ، وحيث صَحَّ: يدفع بلا وترٍ ولا مضرابٍ، فإنْ لم يكُنْ له إلاَّ عيدان الخشبِ أو البناءِ أو القِسِيّ ـ: فيعطىٰ واحد منها؛ لأنَّهُ ـ: وإن لم يُسمى عُوداً مطلقاً ـ: فيقعُ عَلَيْهِ هذا الاسْمُ عند التقيـيد.

وإذا أَضَافَ إلى ملكه، وليس له غيره ـ: حُمِلَ عليه.

ولو قال: أعطوه قوساً مِنْ قسِيِّ ـ: أعطي قَوْسَ نَبْلٍ أو نُشَّابٍ أو حُسْبَانٍ، وكذلك: لو قال عُوداً من القِسِيِّ ـ: يعطى قوس معمول منها، ولا يجبُ إعطاءُ الوتر؛ لأَنَّهُ لا يسمَّىٰ قوساً، إنَّما هو آلةٌ لِلانتفاعِ بالقوسِ؛ كما لو أَوْصَىٰ بفرسٍ ـ: لا يجبُ إعطاءُ السَّرْج.

وقيل: يعطى الوتر، ولا يعطى قوس ندف ولا جُلاهِق، وهو قوسُ البُنْدُقِ إلاَّ أنَّه لا يكونَ لَهُ إلا ذلِكَ: فتحمل وصيَّتُهُ عليه.

ولو كان له قوسُ النَّدْفِ وقوسُ البُنْدُقِ ـ: أعطي قَوْس البندق؛ لأنَّ ٱلاسم إليه أسبقُ؛ كما لو قيد، وقال: قوساً ـ: يرمى إلى الطير، فيعطى الجلاهق.

ولو قال: أوصَيْتُ لك بأَحَدِ هذَيْنِ العبْدَيْنِ، وأحدها له، أو بأحدِ هذين الزِّقَّيْنِ، وأحدُهَا خَلٌّ، والآخر خَمْرٌ ـ: ٱنصرف إلَىٰ عبدِ نفسِهِ، وإلى الخلِّ؛ كما في الطبل.

قلتُ: وتحتملُ غيره؛ فإنه لو كانَتْ زَوْجَتُهُ مع أجنبيَّةٍ، فقال: إحْداكُمَا طالقٌ، ثم قال: عَنَيْتُ الأجنبيةَ ـ: يُقْبَلُ.

فَصْلٌ فيما تجري فيه الوصية

الوصيَّةُ صحيحةٌ بما فيه قربَةٌ، وهي مستحبَّةٌ، أما ما فيه معصيَةٌ ـ: فالوصية فيه باطلةٌ؛ مثل: إنْ أوصَىٰ ببناءِ يقعدُ لأهْلِ الفسادِ، أو ببيع السلاح مِنْ أَهْل الحرب؛ لأنَّ الوصيَّةَ إنما جُعِلَتْ لزيادةِ الحَسَنَاتِ، ولتدارُكِ الإنسانِ بها ما فاته من الخيراتِ، حتَّىٰ لو أوصَىٰ ذمِّيٌّ ببناءِ كنيسةٍ أو بيعةٍ أو بكتابة التوراة أو بدهن لسراج البيعة وقراءة التوراة لا يصح.

أما إذا أوصى ببناء دار أو رباط لنزول أهل الذمة يجوز، وكذلك لو أوصى به مسلم أو وقف عليه شيئاً أو أوصى ببناء دار لتصرف غلته إلى النصارى يجوز.

ولو أوصى بِبَيع ماله من رجل من غير محاباة[1] هل تصح أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح لأنه لا قربة فيه.

والثاني: تصح لأنه قصد تخصيصه بالتمليك.

فَصْلٌ في تقدم الحج على الوصية

إذا ماتَ، وعليه حَجٌّ يحجُّ عَنْهُ مِنْ رَأْسِ مالِهِ، سواءٌ أوصَىٰ به أَمْ لم يوصِ؛ كما يقضي

(١) المُحَابَاةُ: أن يضع له شيئاً من ثمن المبيع؛ مأخوذ من الحِبَاء؛ وهو: العطية.
ينظر: النَّظم المستعذب (٢/ ٩٩).

الدَّين، وإنْ أوصَىٰ بأنْ يَحُجَّ عنه حَجّة الإسلامِ، أو يقضي دينه مِنْ ثلثه ـ: يحجُّ ويقضي مِنْ ثلثه، وتزاحم أهْل الوصايا، فإنْ كان معه تبرُّعَاتٌ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يُقسَّط الثلثُ على الجميعِ، فإنْ كان ما يخصُّ الحَجّ والدَّيْن من الثلثِ لا يكفي له ـ: يكمَّل من رَأسِ المال؛ لأنه في الأصْلِ مِنْ رَأسِ المال.

والثاني: يقدَّم الحَجُّ والدَّيْنُ؛ لأنَّهُ واجبٌ، ثم يصرف ما فضل إلى الوصايَا، فأما إذا أوصَىٰ بحَجِّ الفرضِ أو بقضاءِ الدَّيْنِ مطلقاً، ولم يقيِّد الثُّلُثَ ـ: فالمذهب: أنه يقضي مِنْ رَأسِ المالِ؛ كما لو لم يُوصِ، وليس في الوصيَّةِ إلاَّ تذكيرُ الورثة.

وقيل يجعلُ مِنَ الثلثِ؛ كسائر التبرُّعات؛ لأنَّه لما أوصى ـ: جعلَهُ كسائرِ الوصايَا، ثم إنْ لم يَفِ حِصَّته مِنَ الثلثِ ـ: يكمَّل من رأس المال.

ولو أوصَىٰ بِحَجِّ التطوُّعِ، وجوَّزنا ـ: فيكون من الثلث.

فإذا أوصَىٰ وقال: أحِجُّوا عني رجلاً بمائة، وأصرفوا ما بَقِيَ من ثُلُثي إلَىٰ فلانٍ، وأوصَىٰ لثالثٍ بثُلُثِ مالِهِ، أو أوصَىٰ لرجلٍ بمائةٍ، ولآخر ما بقي مِنَ الثلث، ولثالثٍ بثلثِ مالِهِ، فإنْ كان ثلثُ مالِهِ أكثَرَ مِنْ مائةٍ ـ: فهذا الرَّجُلُ أوصَىٰ بثلثَيْ ماله، فإنْ أجاز الوارثُ ـ: صُرِفَ مائةٌ إلى الحَجِّ أو إلَىٰ المُوصَىٰ له بالمائة، وباقي الثلثِ إلى المُوصَىٰ له بالباقي، والثلث إلى الموصَىٰ له بالثُّلُث.

مثلُ: إنْ كان مَالُهُ تسعمائةٍ: صُرفَ مائةٌ إلى الحَجِّ، ومائتان إلى المُوصَىٰ له بباقِي الثلثِ، وثلاثمائة إلى الموصَىٰ له بالثُّلُث، وإنْ لَمْ يُجزِ الوراثُ ما زَادَ على الثلثِ: رُدَّتِ الوصيةُ إلَىٰ نِصفِهَا، وهو الثُّلُثُ؛ فندفعُ نصفه إلى المُوصَىٰ له بالثلثِ، وهو مِائَةٌ وخمسُونَ؛ لأنَّه كان في حالِ الإجازةِ أنصافاً، ونصفه حين الحَجِّ، والموصَىٰ له ببقيَّةِ الثلثِ؛ كما كان في حال الإجازةِ، وكيف يُقسَّمُ ذلك النِّصْفُ بين الحَجِّ والموصَىٰ له بالبقيَّة؟ فيه وجهانِ:

أصحُّهما: يُدْفَعُ مائةٌ إلى الموصَىٰ له بالمائةِ أو إلى الحَجِّ، وخمسون إلى الموصَىٰ له بالبقيَّة؛ لأنَّهُ حَصلَ حَقُّهُ فيما يَبْقَىٰ بعد المائةِ؛ فلا يأخذ شيئاً قَبْلَ أنْ يستوفي الموصَىٰ له بالمائةِ حَقَّهُ.

والوجْه الثاني: يقسَّم على نسبة الإجازةِ؛ فيكون للحجِّ، أو للموصَىٰ له بالمائة خمسون، وللموصَىٰ له بالبقيَّةِ مائةٌ، وإنْ كان الثلُثُ مِائَتَيْنِ ـ: فمائةٌ للموصَىٰ له بالثلثِ، والمائةُ الأخرىٰ: للحَجِّ؛ على الوَجْهِ الأوَّل، وعلى الثاني: المائَةُ الأخْرَىٰ بين الحَجِّ والموصَىٰ له بالبقيَّةِ نصفان، ولو لم يَكُنْ للموصِي إلاَّ ثلاثمائة، فإنْ أجاز الوارثُ ـ: صرف مائَةٌ إلى الحَجِّ، ومائة إلى الموَصىٰ له بالثلثِ، ولا شَيْء للموصَىٰ له بالبقيَّة؛ لأنَّه لم يَزِدِ الثلثُ على

المائة، وإن لم يُجزِ الوارثُ ـ: فعلى الوجْهِ الأوَّلِ يجعلُ مِائَةٌ للحَجِّ، ولا شيء للآخرين، وعلى الوجْهِ الثَّاني: يجعلُ المائةُ بَيْنَ الحَجِّ وبَيْنَ الموصَىٰ له بالثلثِ نصفان.

ثم إنْ كان الحَجُّ تَطَوُّعاً، ولم يَفِ ما خَصَّهُ للحج ـ: بَطَلَتِ الوصيَّةُ بالحج، وإن كان فرضاً ـ: يكمَّلُ مِنْ رَأْسِ المال.

أَمَّا إذا بدأ، فأوصَىٰ بِثُلُثِ ماله لرجلٍ، ثم أوصَىٰ لمن يَحُجُّ عنه بمائةٍ، وأوصَىٰ لآخَرَ بما يَبْقَىٰ من الثلثِ ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُمَا: وهو قَوْلُ أبِي إسْحَاق ـ: أنَّ الوصيَّة بالباقي بَعْدَ المائةِ باطلةٌ؛ لأنَّ الوصيَّة بالثلثِ تَمْنَعُ من أنْ يَبْقَىٰ من الثُّلُثِ شيْء؛ فعلَىٰ هذا: إن أجاز الوارثُ ـ: نَفَذَتِ الوصيَّتَانِ، وإن لم يُجزْ ـ: رُدَّتْ إلى الثلثِ، فإن كان الثلثُ مائَةً ـ: اسْتَوَتْ وصيتهما؛ فيجعل الثلث بينهما نصفين. وإن كان الثلثُ مائتين ـ: قسِّم بينهما علَىٰ ثلاثةِ أسهمٍ سهمان للموصَىٰ له بالثُّلُث، وسَهْمٌ للموصَىٰ له بالمائة.

والوجْهُ الثاني: وهُوَ قولُ ابْنِ أبي هريرة ـ: أنَّ الحكم في هَـٰذِهِ المسألةِ كالحُكْمِ في المسألةِ قَبْلَهَا؛ لأنَّه إذا أوصَىٰ بالمائةِ بَعْدَ الثلثِ ـ: عُلِمَ أنه لم يرد به ذَلِكَ الثُّلُث؛ لأنَّ الوصيَّةَ الأُولَىٰ قد استوعَبَتْهُ، وإنَّما أراد من الثلث الثاني، وإذا أوصَىٰ بعد المائةِ بما بَقِيَ من الثلثِ ـ: دَلَّ أنه أرادَ ما تَبْقَى من الثلثِ الثَّاني؛ فصار مُوصياً بثلثَيْ مالِهِ؛ كالمسألة قبلها.

فَصْلٌ في بيان الوصية إن كانت لجهة

إذا كانتِ الوصيَّةُ لِغَيْرِ معيَّنٍ؛ كالفقراء والمساكين؛ فإنَّها تلزمُ بالمَوْتِ من غير قبول واحد، وإنْ كانَتْ لمعيَّن ـ: فلا تَلْزَمُ إلاَّ بالقَبُولِ؛ كما لو وَهَبَ مِنْ إنسانٍ شيئاً ـ: يشترط قبوله.

ولا يصحُّ القبولُ إلا بَعْدَ موتِ الموصِي؛ لأنَّه أوجَبَ له بعد الموتِ؛ فَيُشْتَرَطُ القبولُ بعده، ولا حُكْمَ لقبوله ولا لِرَدِّهِ في حياةِ المُوصِي، حتَّىٰ لو رَدَّهُ في حياتِهِ ـ: فله أن يقبله بعد موته.

وألفاظُ الإيجابِ سواءٌ قال: أوصَيْتُ لفلانٍ بكذا، أو لفلانٍ كذا، أو أعطوا فلاناً كذا، أو ما أشبه ذلك، وكله سواء.

وإذا مَاتَ المُوصِي ـ: فالموصَىٰ لَهُ متَىٰ يملكُ مَا أَوْصَىٰ له به؟ فيه أقوال:

أحدها: وهو اختيارُ المُزَنِيِّ ـ: يملكُ بموتِ الموصِي؛ كالميراث؛ غَيْرَ أن الميراثَ لا يرتدُّ بالردِّ، والوصيَّةُ تُرتدُّ.

والثَّانِي: وهو الأصح ـ: يكون موقوفاً.

فإن قَبِلَ بَانَ أنه ملك بالموت؛ لأنَّه لو ملك بالموتِ قطعاً ـ: لكان لا يرتدُّ بالردِّ؛ كالميراثِ.

والثالثُ: وهو الأضعف، وبه قال أبو حنيفة ـ: يملكُ بالقبولِ.

وعلى الأَقْوَالِ كُلِّهَا لو رَدَّهُ بعد موتِ الموصِي قَبْلَ القبولِ ـ: يرتدُّ إلى الوارثِ، حتَّىٰ لو قبل بعده ـ: لا يعودُ، وإذا رَدّ بعد القبولِ ـ: لا يرتد، سواءٌ كان قبل القَبْولِ أو بعده.

وقيل: إنْ رَدَّ قبل القبضِ ـ: يَرْتدُّ؛ كالموهُوبِ: يَرُدُّهُ قبل القبض.

والأَوَّلُ أصحُّ؛ لأنَّ مِلْكَهُ قام قَبْلَ القبضِ؛ بدليلِ أنَّ بعد القبولِ: ينفذ تصرفاته فيه، وإن لم يقبضه.

وإنْ لم يقبلْ، ولم يَرُدَّ ـ: كان للورثةِ مطَالَبَتُهُ بالقبولِ أو الرَّدِّ، فإن ٱمتنع ـ: حُكِمَ عليه بالردِّ؛ كمن يحجر أرضاً وٱمتنع مِنْ إحيائها ـ: أُجْبِرَ على الإحياءِ أو الترك.

ولو تصرَّف فيه بِبَيْعٍ أو هبةٍ أو رَهَنَهُ قَبْلَ القبول.

إنْ قلنا: يملكُ بالقبولِ ـ: لا يصحُّ.

وإنْ قلنا: بالموتِ ـ: يصحُّ.

وإن قُلْنا: موقوفٌ ـ: فقد قيلَ: تصحُّ، ويجعلُ تصرُّفُهُ قبولاً؛ كما لو ٱشترى شيئاً بشرط الخيارِ فرهنه في زمان الخيارِ ـ: يكون قبولاً.

والمذهب: أنه لا يصحُّ؛ بخلاف الشراءِ بشَرْطِ الخيارِ؛ لأن البيع هناك تم بالإيجاب والقبولِ، وههنا: لم يتمَّ بالقبول.

وإذا حصل من العَيْنِ الموصَىٰ بها زوائدُ منفصلةٌ ـ: نُظِرَ: إنْ حصَلَتْ قبل موتِ الموصىٰ ـ: تكـونُ للموصِـي، وإنْ حصَلَتْ بعد موته، وبَعْدَ القبولِ ـ: فتكونُ للموصَىٰ له، فإنْ حصَلَتْ بعد موتِ الموصِي، وقبل القبولِ ـ: يبنىٰ علَىٰ أقوالِ المِلْكِ.

إنْ قلنا: يملكُ بالموتِ ـ: فالزوائدُ للموصَىٰ له، سواءٌ قَبْلَ الوصية في الأصْلِ أو رَدَّ.

وإنْ قُلْنَا: موقوفٌ؛ فإن قَبِلَ: فللموصَىٰ له، وإنْ رَدَّ يرتدُّ حقُّها.

وإن قُلْنا: تملك بالقبول ـ: فلا يَكُونُ للموصَىٰ له؛ لأنَّها لم تَحْدُثْ على ملكِهِ، سواءٌ قَبِلَ الوصيَّةَ في الأصْلِ أو رَدَّ، وحيث قلْنا: ترتدُّ الزوائدُ ـ: فإلى مَنْ ترتدُّ ـ: فيه وجهان:

أحدُهُمَا: إلَىٰ الموصِي، ينقدُ ديونه ووصاياه؛ كالأَصْلِ إذا رَدَّهُ.

والثاني: يكون للوارِث؛ لأنَّها حَدَثَتْ بَعْدَ زوالِ ملك الموصِي.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بجاريةٍ أو بشاةٍ، فولدَتْ ـ: لا يخلو: إمَّا إن كانَتْ حائلاً يوم الوصيَّة أو حاملاً، فإنْ كانَتْ حائِلاً ـ: فلا يَخْلُو إمَّا إنْ ولَدَتْ قبل موتِ المُوصِي أو بَعْدَ موتِهِ، أو قَبْلَ قَبُولِ الموصَىٰ له، أو بعد القَبُولِ ـ: فإنْ ولَدَتْ قَبْلَ موتِ المُوصِي ـ: فالوَلَدُ خارجٌ عن الوصية؛ كالنَّسَب، وإنْ وَلَدَتْ بعد موتِهِ قَبْلَ القَبُولِ ـ: نُظِرَ: إنْ أَتَتْ به لأَقَلَّ من ستَّةِ أَشْهُرٍ من يومِ الموتِ ـ: بَانَ أَنَّهُ كان موجوداً يومَ الموتِ، وحدث قبله.

فإنْ قُلْنا: الحَمْلُ يعرَفُ ـ: فهو للموصي، كما لو ولدَتْ قبل الموتِ، وإن قلنا: لا يعرَفُ ـ: فكالزوائدِ الحادثةِ بَعْدَ الموتِ.

وإنْ أتَتْ به لأكثَرَ من ستةِ أشهُرٍ مِنْ يوم المَوْتِ ـ: فكالزوائدِ الحادثةِ بَعْدَ الموتِ، وإنْ ولَدَتْ بعد القَبُولِ ـ نُظِرَ: إنْ أَتَتْ به لأكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أشهرٍ من وقت القبولِ ـ: فهو للموصَىٰ له، وإنْ أتَتْ به لأَقَلَّ من ذلك ـ: بَانَ أنه كان موجوداً يَوْمَ القبول.

فإن قلْنا: الحَمْلُ يعرَفُ ـ: فهو كالزوائدِ الحاصلةِ بعد الموتِ [و] قَبْلَ القبول.

وإنْ قُلْنَا: لا يعرَفُ ـ: فهو كالموصَىٰ له؛ **كالحادث** بعد القبول.

وإنْ كَانَتْ حاملاً يَوْمَ الوصيَّةِ: فإنْ قلْنا: الحَمْلُ يُعْرَفُ ـ: فهو كما لو أوصَىٰ بالأُمِّ مع الوَلَدِ: إن قَبِلَهُمَا ـ: فهما له، وإنْ رَدَّهما ـ: فللوارثِ، وإنْ قَبِلَ أحدهما ـ: فذلك له دُونَ الآخَرِ، فإنْ قلنا: الحمل لا يُعْرَفُ ـ: فهو كالحَادِثِ مِنْ بَعْدُ، فإنْ ولدَتْ قبل موتِ الموصِي ـ: فهو له، وإنْ ولدت بعده ـ فكالزوائد.

ولو زَوَّج أمته مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ أوصَىٰ بها لزوجها: فإنْ كان الزوجُ عبداً ـ: فهو وصيَّةٌ لسيِّده، وإنْ كانَ حُرًّا ـ: فهو وصيَّةٌ له، فإذا أتَتْ بولَدٍ ـ: نُظِرَ: إن كانَتْ حاملاً يَوْمَ الوصيَّةِ ـ: فالجاريةُ لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ له، وأمَّا الولد: إن قلنا: الحملُ يعرَفُ ـ: فقد أوصَىٰ بها، فإذا قَبِلَ بعد موت المُوصِي ـ: عَتَقَ الولَدُ عليه بالملك.

وإنْ قلنا: لا يُعْرَفُ الحَمْلُ: فإنْ ولدَتْ قبل موتِ المُوصِي ـ: فالولد خارجٌ عن الوصيَّةِ مِلْكٌ للموصِي، وإنْ ولدَتْ بعد موتِهِ ـ: فكالزوائد، فإذا جعلْنَاهُ للموصَىٰ له ـ: عَتَقَ عليه بالمِلْكِ، وإن كانَتْ حائلاً يَوْمَ الوصيَّة: فإنْ أتتْ به قَبْلَ موتِ الموصِي ـ: فهو للموصِي، وإنْ أتَتْ به بعد موتِهِ ـ نُظِرَ: إن أتَتْ به لأقَلَّ من ستة أشهرٍ من يوم المَوْتِ ـ: بَانَ أنه كان مَوْجوداً يوْمَ الموتِ ـ: فالجاريةُ لا تصيرُ أمَّ ولدٍ له؛ لأنَّهُ حَصَلَ العُلُوقِ به قَبْلَ الملكِ، ثم الولَدُ: إنْ قلنا: الحَمْلُ يُعْرَفُ ـ: فملكٌ للموصِي.

وإنْ قلنا: لا يعرَفُ ـ: كالزوائدِ الحادثةِ بعد الموتِ، فإذا جعلناه للموصَىٰ له ـ: عَتَقَ

عليه بالمِلْكِ، وإنْ أتَتْ به لستَّةِ أشهرٍ فأكثر من يوم الموت وقبل القبول ثم قَبِلَ: إن قلنا: يملكُ بالموت، أو موقوفٌ ـ: صارتِ الجاريَةُ أُمَّ ولدٍ له؛ لأنَّ الوَلَدَ حَدَثَ عَلَىٰ ملكه، ولا وَلاَءَ عليه، وإن قلنا: يملكُ بالقَبُولِ ـ: فلا تصيرُ الجاريَةُ أُمَّ ولدٍ له، والولَدُ للوارثِ، وإن أَتَتْ به بَعْدَ القبول ـ نُظِرَ: إنْ أتَتْ به لِستَّةِ أشهرٍ فأكثر مِنْ وقتِ القبول ـ: صارَتِ الجاريَةُ أُمَّ ولدٍ له، وإنْ أَتَتْ به لأقَلَّ من ستَّةِ أشْهُرٍ من وقت القبولِ ـ: بَانَ أنه حَدَثَ قَبْلَ القبولِ؛ فهو كالخارج قَبْلَ القبول، فإنْ قُلْنَا: يملكُ بالمَوْتِ أو موقوفٌ ـ: كانت الجاريةُ أُمَّ ولد له، إذا أتَتْ به لستة أشهر فأكثر من يَوْمِ الموت.

وإنْ قلنا بالقبول ـ: فالجاريةُ لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ له، ثم إنْ قُلْنا: الحَمْلُ يُعْرَفُ ـ: كان الولَدُ للوارثِ، وإن قلنا: الحَمْلُ لا يُعْرَفُ ـ: يَعْتِقُ الولدُ بالملكِ على الموصَىٰ له.

ولو مَاتَ الموصَىٰ له ـ نُظِرَ: إنْ مات قَبْل موتِ الموصِي ـ: بَطَلَتِ الوصيَّةُ، وإنْ مات بعد موتِ الموصَى وقَبْلَ القبول ـ: قام وارثُهُ مقامَهُ في القبولِ، وبقبوله: يحصلُ المِلْكُ للموصَىٰ له؛ خلافاً لأبي حنيفة حيثُ قال: تلزَمُ الوصيةُ بموتِ الموصَىٰ له؛ فلا يُمْكِنُ لوارثِهِ ردُّهُ.

ثم كُلُّ موضعٍ حكَمْنَا بِعِتْقِ الأولادِ، وتصيير الجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ في الْوَصِيَّةِ بالزَّوْجَة ـ: فإذا قَبِلَ الوارثُ بَعْدَ موته ـ: تكونُ كذلك.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بجاريةٍ، قيمتُهَا ثلاثمائة، وماتَ عَنْ ستمائة أُخْرَىٰ، ثم وهب للجارية بَعْدَ موتِهِ مائةً، وَأتَتْ بولَدٍ قيمتُهُ مائتانِ، ثم قبل الموصَىٰ له الوصيَّةَ: فإنْ قُلْنا: تملك بالموتِ أو موقوفٌ ـ: فالولد والكَسْبُ للموصَىٰ له.

وإنْ قلنا: بالقبولِ ـ: فله الجاريةُ دُونَ الوَلَدِ والكَسْب.

وعند أبي حنيفة: لَهُ الجاريةُ وثُلُثُ الوَلَدِ وثُلُثُ الكسب.

وقال أبو يوسُفَ ومحمَّد: له الثلثَانِ من الجاريةِ مَعَ ثُلُثَي الولدِ والكَسْبِ.

وَلَوْ أوصَى للرجُلِ ممن يَعْتِقُ عليه من أبٍ أو ٱبْنٍ ـ: لا يجبُ قبوله، وله رَدُّهُ.

وعند مالك: يجبُ قبوله.

وقيل: إنْ قلنا: يملكُ بالموتِ ـ لا رَدَّ له؛ لأنه عَتَقَ عليه، وليْسَ بصحيحٍ؛ لأنَّا لا نحكُمُ بالْعِتْقِ ما لَمْ يَقْبَلْ.

فَصْلٌ فيما لو زاد ماله وقد أوصى بالثلث

إذَا أوصَىٰ بِثُلُثِ مالِهِ، ثم ٱزْدَادَ مالُهُ ـ: فٱلاعتبارُ في قَدْرِ المال بِيَوْمِ الوصيةِ أَمْ بِيَوْمِ الموت؟ فيه وجْهَان.

أصحهُّما: بيومِ الموتِ؛ لأنَّهُ وقْتُ لزومِ الوصيَّة؛ فيجبُ إخراجُ الثلثِ من جميع ما زادَ.

ولو أوصَىٰ بألفٍ، ولم يكُنْ له مالٌ يَوْمَ الوصيةِ، ثم ٱستفاد مالاً ـ: تعلَّقت به الوصيَّةُ؛ وكذلك: لو كان له مالٌ، فهلك، ثم ٱستفاد آخر ـ: تعلَّقَتْ به.

والثاني: الاعتبارُ بِيَوْمِ الوصية؛ كما لو نَذَرَ أن يتصدَّق بثلثِ مالِهِ ـ: يتعلَّق بالموجودِ حالَةَ النَّذْرِ؛ فعلَىٰ هذا: لو زاد مالُهُ: لا يلزمُهُ إخراجُ الثلث من تِلْكَ الزيادة.

ولو أَوْصَىٰ بألْفٍ، ولا مالَ له، ثم ٱستفاد مالاً ـ: لا تتعلَّق به الوصيَّة.

ولَوْ أَوْصَىٰ بدارٍ ـ: يدخُلُ فيه كُلُّ ما يدخُلُ في مُطْلَقِ بَيْعِ الدارِ، فلو ٱنهدَمَ بعْضُ الدار قَبْلَ موتِ الموصِي ـ: فالوصيُّ بما فيه فيما بَقِيَ، إذا لم يَزُلْ عنها ٱسْمُ الدارِ، وما ٱنفصَلَ منها: فخارجٌ عن الوصيَّة؛ نَصَّ عليه.

وقيل: لا يخرج عَنِ الوصيَّة؛ ٱعتباراً بحالة الوصيَّة؛ فإنه كان متصلاً بها يَوْمَ الوصيَّةِ، وإنْ صارَتْ عَرْصَة، وزال عَنْهَا ٱسْمُ الدارِ ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُما: تَبْطُلُ الوصيَّة؛ لأنَّه أوصَىٰ له بالدار، وقد زال عنها ٱسْمُ الدار.

والثَّاني: وهو الأصح ـ: لا تبطُلُ؛ لأنَّه لم يوجَدْ منه ما يدلُّ على الرجوع، فأمَّا إذا هَدَمَهَا **الموصِي** ـ: كان رجُوعاً؛ لأنَّه تصرَّف بما أزال به الاسم؛ كما لو أوصى بحنطةٍ فطحنَهَا، وقيلَ: إن بقي هناكَ ما يتناوَلُهُ اسْمُ الدار ـ: فلا يكونُ رجوعاً، أمَّا ما ٱنفصل ـ: فيكون خارجاً عن الوصيَّة.

ولو أوصَىٰ له بثلثِ شَيْءٍ، فٱستحقَّ ثلثاً ـ: نَقَلَ المزنيُّ: أن له الثلثَ الباقِيَ، ونقل **الربيعُ**: أنَّ له ثلثَ الباقي، فٱختلفَ أصحابنا فيه.

منهم مَنْ جعله على قولَيْن:

أحدهما: له ثُلُثُ الباقِي؛ لأنَّ ٱلاستحقاقَ وَرَدَ على الثلثَيْنِ شائعاً؛ كما لو أوصَىٰ بثُلُثِ مالِهِ، ثم ٱستَحَقَّ من مالِهِ الثلثان ـ: كان له ثُلُثُ الباقِي.

والثَّاني: له ثلثُ الباقي، وهو الأصحُّ؛ لأنه أَوْصَىٰ له بالثلثِ، وثُلُثُ الدار مملكة والثلث، يحتملُهُ؛ كما لو أوصَىٰ له بعَبْدٍ يحتملُهُ الثلث، وليس كما لو أوصَىٰ بثلثِ مالِهِ، فاستحقَّ ثلثاه؛ لأنَّ ماله هو الباقي بَعْدَ الاستحقاقِ؛ فيكونُ له ثلثه.

ومن أصحابنا مَنْ قال: المسألةُ على حالَيْنِ حيثُ قال: له الثلثُ الباقي.

صورته: أَنْ يشتري ثُلُثَ دَارٍ من زيدٍ، وثلثيها مِنْ عمرو، وأوصَىٰ لإنسانٍ بما آشتراه مِنْ زيدٍ، ثم استحق ما اشتراهُ مِنْ عمروٍ وبٱلاستحقاق ولم يرد على ما أَوْصَىٰ به.

وحيثُ قَالَ: له ثُلُثُ الباقي: أراد به: إذا أوصَىٰ بثلثها مطلقاً.

ولو أوصَىٰ له بثلثِ ثلاثةِ أعبدٍ، فٱستحقَّ ٱثنانِ منهم ـ: فله ثلثُ الباقِي؛ لأنَّه لم يُوص له مِنْ كلِّ واحدٍ إلاَّ بثلثه.

ولو أوصَىٰ بثلث صبرةٍ، فتلف ثلثاها ـ: يصرَفُ إليه ثُلُثُ الباقِي؛ لأنَّ الوصيَّة قد تناولَتْ بَعْضَ ما تَلِفَ، ولم تتناوَلِ المستَحَقَّ.

فَصْلٌ فِيمَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُث

مَنْ تصرف الإنسان التبرعات المعلَّقة بالموتِ، كالتدبير، والوصيَّة بالصَّدَقَةِ، والمحابَاةِ في البَيْعِ، إذا أوصَىٰ به ـ: يكون معتبراً ـ مِنَ الثلثِ، سواءٌ كان وَقْتَ العقد صحيحاً أو مريضاً؛ لأنه ينجزه بَعْدَ الموت.

أما التبرُّعات المنجزاة في الحيَاةِ ـ ينظر فيه: فإنْ فعل في حالِ الصحَّةِ ـ: لم يعتبر من الثلثِ؛ لأنَّه لا حَقَّ لأحدٍ في ماله، وإنْ فعل في مرضِ الموتِ، مِثْلُ: إنْ وهب شيئاً أو تصدَّق به أو وَقَفَهُ، أو أبرأ عن دَيْنٍ، أو أعتق عبداً، أو كاتَبَهُ، أو باع بالمحاباةِ، أو نسيئةً، أو ٱشتَرَى بالغَبْنِ الفاحشِ ـ: فيكون معتبراً من الثلث.

أما الغَبْنُ اليسيرُ الذي يَقَعُ مثله لأَهْلِ البصر ـ فنقول: لو وهب في الصحَّة وأقبض في المَرَضِ ـ: يكون من الثلث.

ولو باع المريضُ بثَمَنِ المثلِ ـ: جاز، سواءٌ بَاعَ من الوارثِ أو مِنْ أجنبيٍّ.

وقال أبو حنيفة: لا يصحُّ بيعُ المريض مِنْ وارثه، وإنْ باع بأضعافِ ثمنِهِ، ووافَقْنَا أنَّ الشراءَ منه يصحُّ، وإن نكَحَ المريضُ في مرضِ موتِهِ ـ: يصحُّ، وإن نكح أربعاً، ثم إنْ لم يزد علَىٰ مهر المثلِ ـ: يكونُ مِنْ رَأْسِ المالِ؛ لأنَّهُ لا يخرجه عَنْ ملكه بغَيْر عوضٍ، وكذلكَ ما أنفق المريضُ عَلَىٰ نفسه باللَّذَّاتِ والشهواتِ المُبَاحَةِ مِنْ شراء الأطعمةِ الشهيَّة والثيابِ النفيسةِ، وشِرَاءِ الجواري الحسانِ ـ: يكون من جميع مالِهِ، إذا لم يَزِدْ على ثمنِ المثلِ، وإنْ نَكَحَ بأكثر مِنْ مهرِ المثلِ ـ: فتلك الزيادةُ وصيَّةٌ، فإنْ لَم تَكُنِ المرأةُ وارثَةً بِأَنْ كانَتْ أَمَةً أو ذميَّةً ـ: تعتبرُ تلْكَ الزيادَةُ مِن الثلثِ، وإنْ كانَتْ ممَّنْ يرثُ ـ: فالزيادةُ مردودةٌ.

ولو نكحت ٱمرأة في مرضِ موتِهَا ـ: صحَّ النكاحُ؛ ثُمَّ لو نكحت بمَهْرِ المثلِ فأكثر ـ: ثَبَتَ، وإنْ نَكَحَتْ بأَقَلَّ مِنْ مهرِ المِثْلِ: فإنْ كان الزوْجُ ممَّنْ يرثُ ـ: يكمَّل مهرُ المثل، وإنْ لم

يَكُنْ ممَّنْ يرثُ ـ: لا يكمل، فهذا النقصانُ وصيَّةٌ في حَقِّ التكميلِ؛ إن كان الزوْجُ وارثاً، ولَيْسَ بوصيَّةٍ في ٱلاعتبارِ من الثلثِ؛ لأنَّه لا يتوهَّم بقاء البُضْعِ للوارثِ بَعْدَ الموتِ؛ فهو كما لو أعارَ المريض نَفْسه أو أَجَرَهُ بالمحاباةِ ـ: لا يعتبر من الثلثِ؛ وإنَّما يعتبر مِنَ الثلثِ ما يتوهَّم بقاؤهُ للوارثِ، لو تعجَّل الموت، حتى لو أعار عبدَهُ أو أجَرَهُ بالمحاباةِ ـ: يعتبر من الثلث.

ولو أعتَقَ أمة في مرضِ موتِهِ، ثم نكحها، فمات ـ: لا ميراثَ لها؛ لأنَّ عتقها وصيَّةٌ، والميراثُ والوصيةُ لا يجتمعانِ، أمَّا إذا أَعْتَقَ أُمَّ ولدِهِ فِي مرضِهِ، ثم نكحها ـ: وَرِثَتْهُ؛ لأنَّ عتْقَهَا ليس بوصيَّة؛ لأنَّه من رأسِ المالِ، وإن كانَتِ الأمةُ القِنُّ ثُلُثَ مالِهِ، أعتقَهَا، ونكحَهَا في مرضِهِ ـ: فلا مَهْرَ لها أيضاً؛ لأنا لو ألْزَمْنَاهُ المَهْرَ ـ: لزمه دَيْنٌ يمنعُ خروجَهَا من الثلثِ، وإذا لم يَخْرُج عِتْقُهَا من الثلثِ ـ: لم يصحَّ نِكاحها، ويجبُ لأمِّ الولدِ، إذا أعتقها ونكحها المَهْر، لأنَّ عتقها مِنْ رَأْسِ المال.

ولو باع في مرضِ موتِهِ عبداً، لا مالَ لَهُ سِوَاهُ؛ بِثَمنٍ مؤجَّل يعتبرُ من الثلث سواءٌ باعه بمثْلِ ثمنِهِ أو أكثَرَ، ثم إنْ لَمْ يُجزِ الوارثُ، وَرَدَّ ما زاد على الثلثِ ـ: فٱلمُشْتَري بالخيارِ، إن شاء فَسَخَ البيع، وإن شاء أجاز في ثلثه بثلثِ الثمنِ.

ثم إذا أدَّىٰ ذلك الثلثَ مِنَ الثمن ـ: هل يزاد، ويصحُّ العقْدُ في نصفَ ما أدى؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا؛ لأنَّ العَقْدَ أرتفع في الباقي.

والثَّاني: يُزادُ بقَدْرِ نصفه، وهو السُدُس، ثُمَّ إذا أَدَّىٰ ذلك السُّدُسَ ـ: يُزَادُ بقَدْرِ نصفه؛ لأنَّه لا يحصُلُ للوارثِ شيْءٌ إلاَّ زِيدَ في الوصيةِ بقَدْرِ نصفه؛ ألا تَرَىٰ أنَّه لو ظهر للميِّت مالٌ بقَدْرِ ما يخرج كلّه من الثلث ـ: يصح العقد في كُلِّه.

ولو بَاعَ فِي مَرَضِهِ عبداً يساوي ثلاثمائة بِمِائَةٍ، لو مال له سِواهُ: فإن أجَازَ الوارثُ ـ: صَحَّ البيعُ في الكُلِّ، وإنْ لم يُجِزِ الوارثُ ـ: يبطُلُ البَيْعُ فيما لا يَخْرُجُ من الثلث.

وقيلَ: في الباقي قولان؛ بناء علَىٰ تفريقِ الصفقة.

والمذهَبُ: أنَّ البَيْعَ لا يبطُلُ في الباقِي؛ لأنَّ المحاباةَ في المَرَضِ وصيَّةٌ، والوصيةُ تُقْبَلُ من الغَرَرِ ما لا يُقْبَلُ غيرُهَا، ويتوقَّف من عقودِ المريضِ ما لا يتوقَّف مِنْ عقودِ الصحيحِ؛ وهذا لأنَّه لو رُوعِيَ فيه ما يُرَاعَىٰ في عقودِ الصحيح ـ: أدَّىٰ إلَىٰ بطلانِ الوصيَّةِ، وفيه تفويتُ حَقِّ المريض.

إذا ثَبَتَ أنَّه لا يَبْطُلُ في الكُلِّ ـ: ففي قَدْرِ ما يصحُّ منه قولان:

أظْهَرُهُمَا ـ وعليه نصَّ الشافعيُّ ـ: أنَّ البيعَ يصحُّ في مقدارِ ما يخرج من الثلثِ بجميعِ

الثمنِ، فيضمّ ما أحتمله الثلث إلَىٰ قَدْرِ الثمن مِنَ البَيْعِ؛ فيصُحُّ فيه البيع؛ ففي هذه المسألةِ ما يحتملُهُ الثلُثُ مائة فيضم إلى قَدْر الثمن من البيعِ، وهو مائة؛ فيصحُّ البيع في ثلثي العبدِ بجميعِ الثمنِ، وهو مائةٌ؛ فذهَبَ في المحاباةِ مائة، وبقي للورثةِ مائتانِ: مائةٌ من العبد ومائةٌ من الثمن.

والقولُ الثَّاني: خرَّجه ٱبن سُرَيْجٍ، وقال: لا يجوزُ أن يبطَلَ البَيْعُ في شَيْءٍ مِن البيع، إلاَّ وسَقَطَ بِقَدْرِهِ مِنَ الثمنِ؛ لأنَّه قابل بالثَّمنِ بالكُلِّ؛ فيوزَّع علَىٰ جميعه؛ فينظركَمْ نسبةُ الثلث من جميعِ الوصيةِ؛ فيصحّح العقد بتلْكَ النسبةِ؛ فههنا: نسبةُ الثلثِ من جميعِ الوصيةِ نسبةُ النِّصْفِ؛ فيصحّح العقد في نِصْفِهِ بنصْفِ الثمن، وهو خمسُونَ؛ يذهب في الوصيَّة مائةٌ، ويبقَىٰ للوارثِ مائَتَانِ: مائَةٌ وخمسون من العَبْدِ، وخمسون من الثمن.

هَذَا إذا كان العوضانِ ممَّا لا يعتبر المساوَاةُ بينهما، فإنْ كان العوضَانِ ممَّا لا يجوزُ التفاضُلُ بينهما؛ مثْلُ: إنْ باع قفيز حنطة يساوي عشرين بقفيزِ حنطةٍ أردأ يساوي عشرةً في مرضِ موتِهِ، ولم يُجِزِ الوارثُ: مِنْ أصحابنا مَنْ قال: إنْ قلنا بالقَوْلِ الأَوَّل: إن العقد يصحُّ في مقدارِ ما يخرج من الثلثِ بجميعِ الثمنِ ـ فههنا: يَبْطُلُ العَقْدُ في الكُلِّ؛ لأنَّ الفضلَ بينهما حَرَامٌ، وعلى القَوْلِ الآخَرِ: يصحُّ العَقْدُ في ثُلُثَي القفيز الجَيِّد بثُلُثَي الرديء.

ومنهم من قال: هذا على قولٍ واحدٍ، وهو الأصحُّ: أنه يصحُّ العقد في ثُلُثَي الجَيِّدِ بثُلُثَي الرديء حتى لا يؤدي إلى إبطال حق الميِّتِ في الوصيَّة.

فَصْلٌ فِيمَنْ تَصِحُّ مِنْهُ الوَصِيَّةُ

مَنْ صَحَّ تصرُّفه في المالِ ـ: صَحَّتْ وصيَّتُهُ، ولا تصحُّ وصيَّة الصبيِّ الذي لا يعقلُ، ولا وصيَّةُ لمجنون.

ولو أوصَى مراهق بشيء، أو دبَّر عبداً ـ: هَلْ يصحُّ أم لا فيه قولان.

أصَحُّهما: وهو قول أبي حنيفة ـ: لا يصحُّ؛ كما لا يَصِحُّ بيعه، ولا إعتاقُهُ.

والثاني: يصحُّ؛ وبه قال مالكٌ؛ لأنه لا ضَرَرَ عليه فيه؛ فَإِن مِلْكَهُ لا يزولُ عنه ما دام حَيًّا، وبعد الموتِ: يبقَىٰ له ثوابُهُ؛ بخلافِ ما لو عَلَّقَ عتْقَ العَبْدِ في حياتِهِ: لا يجوزُ؛ لأنه قد تُوجَدُ الصِّفَةُ في الحياةِ؛ فيزولُ مِلْكُهُ.

وأمَّا المحجورُ عليه بالسَّفَهِ، إذا أوصَىٰ أو دبَّر ـ: هل يصحُّ؟ قيلَ: فيه قولانِ؛ كالمراهق.

وقيل: يَصِحُّ قولاً واحداً؛ لأنَّ له قولاً معتبراً؛ بدليلِ أنه يقعُ طلاقُهُ، ويصحُّ إقراره

بالعقوبةِ عَلَىٰ نفسه؛ بخلافِ المراهق.

ومَنْ اعْتُقِلَ لسانُهُ، فأوصَىٰ بالإشارة ـ: يصح؛ أُصْمِتَتْ أُمَامَةُ بِنْتُ أَبِي العَاصِ، فَقِيلَ لَهَا: أَلِفُلَانٍ كَذَا، وَلِفُلَانٍ كَذَا، فَأَشَارَتْ أَنْ نَعَمْ، فَوَقَعَ ذَلِكَ، فَرُوِيَتْ أَنَّهَا وَصِيَّةٌ[١].

بَابُ: الرُّجُوعِ عَنِ الْوَصِيَّةِ

رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ـ: أَنَّهُ قَالَ: «يُغَيِّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنَ الوَصِيَّةِ»[٢].

التبرُّعَاتُ المنجَّزةُ في مَرَضِ الْمَوْتِ، والْمُعَلَّقَةُ بِالْمَوتِ ـ: يستويانِ في الاعتبارِ مِنَ الثلثِ، ويفترقَانِ فِي ثلاثةِ أَحْكَامٍ.

أَحَدُهَا: أَنَّ المنجَّز ـ يملكُ قَبْلَ المَوْتِ، والمعلَّق لا يملك.

الثَّانِي: أَنَّ المنجَّز يقدَّمُ الأَسْبَقُ فالأَسْبَقَ، وفي المعلَّقِ: لا يقدَّمُ إلاَّ أن يقيّد، فيقولُ إِذَا مُتُّ ـ: فعَبْدِي فلانٌ حُرٌّ، ثم أَعْتِقُوا فلاناً لِعَبْدٍ آخَرَ ـ: يتقدَّم الأول.

الثالثُ: أنه لا يملك الرجوع عن المنجز، ويجوزُ الرجُوع عن المعلَّق بالمَوْتِ إلا التدبير، فإنَّ فيه قولَيْنِ، حتَّىٰ لو قال إذا مُتُّ فٱدفعوا إِلى فلانٍ كذا، أو تصدَّقُوا بكذا، أو أَعْتِقُوا عبدي إذا أَوصَىٰ بأن يُوقَفَ ـ: فله أن يرجع فيها، ثم الرجوعُ عن الوصيَّة: تارَةً يكونُ بالقولِ، وتارة بالفعل.

فالقول: مثلُ أَنْ يقُولَ: رَجَعْتُ في الوصيَّةِ التي أوصَيْتُ، أو أبطَلْتُهَا، أو فَسَخْتُ، أو رَفَعْتُ، ولو قال: هو حرامٌ عليه ـ: فهو رجوعٌ، وكذلك: لو قال: هو لوارثِي ـ: يكونُ رجوعاً، ولو قال: هو تركتِي ـ: فعلَىٰ وجهين:

أحدهما: أنَّه رجوعٌ؛ لأن التركة للورثة.

والثاني: لا يكونُ رُجُوعاً؛ لأنَّ الوصيَّةَ مِنْ جملةِ التَّركة.

ولو باعه أو وهَبَهُ وأقبضه أو رَهَنَهُ فأقبضه، أو أعتقه، أو كاتَبَهُ، أو دبَّره، أو أَوْصَىٰ بأَنْ يباع، أو يوهب، أو يعتق، أو يكاتب ـ: فهو رجوعٌ، ولو عرضه على البيعِ، أو وكل بِبَيْعِهِ، أو وهبَه، أو رَهَنَهُ، ولَمْ يُقْبِضْهُ ـ: فهو رجوعٌ؛ لأنَّه لَما عرضَهُ لزوالِ المِلْكِ ـ: فقد صرفه عن الموصَىٰ له.

---

(١) ذكره ابن الملقن في «الخلاصة» (٢/ ١٤٨) وقال غريب.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٨١).

وقيلَ: إذا عَرَضَ على البيعِ، أو وَهَبَ، أو رَهَنَ، ولـم يَقْبِضْ ـ: لا يكونُ رجوعاً؛ وليس بشيءٍ.

ولو أوصَىٰ بعبدٍ لإنسانٍ، ثم أوصَىٰ به لآخَرَ ـ: لا يكونُ رجوعاً؛ لإمكانِ أنْ يكون قصده الجمع بينهما، ثم إنْ قبلا ـ: فهو بينهما نصفانِ، وإن رَدَّ أحدهما ـ: فكلُّه للآخر، وإنْ أوصَىٰ بنصْفِهِ لآخَرَ: فإن قبلا ـ: فثلثه للثاني، وثلثاه للأوَّلِ، وإن رَدَّ الثاني ـ: فكلُّه للأول، وإن رَدَّ الأوَّل ـ: فنصفه للثاني؛ بخلاف ما لَوْ أوصَىٰ بعَبْدٍ لرجلَيْنِ، فقَبِلَ أحدُهُما، ورد الثَّاني ـ: لا يكونُ للقابل إلا النصْفُ؛ لأنَّه لم يوجب لكلِّ واحدٍ إلاَّ نصفه.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بعبدٍ، ثم قال لآخَرَ: أَوْصَيْتُ لَكَ بالعبدِ الذي أَوْصَيْتُ به لفلان، أو قال: العبْدُ الذي أوصَيْتُ به لزيدٍ هو لعَمْرٍو ـ: فهو رجوعٌ، وكلُّه للثاني، وكذلك: لو أوصى بعبدٍ لزيدٍ، ثم قال: بِيعُوه واصرفوا ثمنه إلَىٰ عَمْرٍو، وإلى الفُقَرَاءِ ـ: كان رجوعاً، ولو أوصى، فقال: بيعوا هذا العَبْدَ، واصرفوا ثمنه إلَىٰ الفُقَرَاءِ، ثم قال: اصْرِفُوا ثمنه إلى المَسَاكِين ـ: لم يكُنْ رجوعاً، ويجعل بينهما نصفان.

ولو أوصَىٰ بثلثِ مالِهِ، ثمَ بَاعَ مالَهُ ـ: لم يكُنْ رجوعاً؛ لأنَّ الوصيَّةَ بثلثِ مَا يكُونُ له عند الموت.

ولو أوصَىٰ بجاريةٍ، ثم زوَّجها، أو بَعْبدٍ، فزوَّجه، أو أجرَهُ، أو أعاره ـ: لا يكُونُ رجوعاً؛ كما لو استخدمه، أو كانَتْ دابَّة، فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو كان عبداً فَخَتَنَهُ، أو عَلَّمه صنعه.

أَمَّا الرُّجُوعُ بالفِعْلِ: مِثْلُ: إنْ أوصَىٰ له بِحِنْطَةٍ، فطحنها، أو قَلاَهَا، أو بَذَرَهَا، أو بدقيقٍ، فعجنه، أو بعجينٍ فخبزه، أو بخُبْزٍ فَثَرَدَهُ ـ: كان رجوعاً؛ لأنه جعلَهُ للاستهلاكِ.

ولو تعجَّن الدقيقُ بنفسه ـ: هَلْ تبطُلُ الوصيَّةُ؟ فيه وجهانِ؛ وكذلك: لو أوصَىٰ له بشاةٍ فذبحها، أو بلَحْمٍ فطبخه ـ: كان رجوعاً؛ لأنَّه جعلَهُ للأكْلِ في الحال.

ولو أوصَىٰ له بخبزٍ، فجعله فُتَاتاً ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: هو رجوعٌ؛ لأنَّه أزال عَنْهُ إطلاقَ اسْمِ الْخُبْزِ؛ كما لو ثَرَدَهُ.

والثَّاني: لا يكون رجوعاً؛ لأنَّ الاسم باقٍ، يقالُ: خُبْزٌ مَدْقُوقٌ؛ وكذلك: لو أوصَىٰ له بلَحمٍ فقدَّدَهُ، أو برطبٍ فجعله تَمْراً ـ: فعلى وجهين:

ولو أوصَىٰ له بقُطنٍ فَغزَلَهُ، أو بَغَزْلٍ فَنَسجَهُ ـ: كان رجوعاً.

ولو أوصَىٰ بُقْطنٍ فحشا به فرشاً ـ: فعلى وجهين.

ولو أَوْصَىٰ ـ: له بحنطةٍ معيَّنَةٍ، أو بطعامٍ معيَّنٍ، فخلطه بغيره ـ: كان رجوعاً، ؛ لأنه جعله على صفةٍ لا يُمكِنُ تسليمه.

ولو أوْصَىٰ بقفيزٍ من صُبْرَةٍ، ثم خلط الصُّبْرَةَ بمثلها ـ: لَمْ يكُنْ رجوعاً لأنَّ ما أوصى به كان مختلطاً بمثله، وإنْ خلطه بأجْوَدَ ـ: كان رجوعاً؛ لأنَّهُ لم يرض بتمليكِ الزيادةِ، وإنْ خلطه بأردأ ـ: فعلى وجهين، ولو أنثالت علَيْها حنطةٌ مثلُهَا، أو أردأ ـ: لا تبطل الوصيَّةُ، وإن كانَتْ أجْوَدَ ـ: هل تبطُلُ الوصيَّةُ؟ فيه وجهان:

ولو أَوْصَىٰ له بجاريةٍ، فوطئها: فمن أصحابِنَا مَنْ قال: لا يكونُ رجوعاً؛ كما لو أستخدمها.

ومنْهُمْ مَنْ قال؛ إنْ عزل عنها ـ: لَمْ يَكُنْ رجوعاً، وإن لم يَعْزِلْ ـ: كان رجوعاً؛ لأنَّه قَصَدَ التَّسرِّيَ بها، وأبقاها لنفسِهِ.

ولو أوصَىٰ له بثوبٍ فقطعه قميصاً، أو بخشبةٍ فَجَعَلَهَا باباً ـ: كان رُجُوعاً؛ كالحنطة فيطحنها، ولو صبغه: كان رجوعاً، ولو غسله: لا يكون رجوعاً، ولو قصره: فوجهان:

ولو أوصَىٰ بأرْضٍ فزَرَعَهَا ـ: لم يكُنْ رجوعاً؛ لأنَّه لا تُرَادُ للبقاء؛ كما لو أجرها.

ولو غرسها، أو بنى فيها ـ: فعلى وجهين:

أحدهما: لا يكونُ رجوعاً؛ كما لو زرعها.

والثَّاني: وهو الأصح عندي ـ كان رُجُوعاً؛ لأنَّ الغِرَاس والبناءُ للتأبيد؛ فكأنَّه أبقاها لِنَفْسِهِ، وإنْ قُلْنَا: لاَ يَكُونُ رجوعاً ـ: ففي موضعِ الأساسِ وقرارِ الغِرَاس وَجْهَانِ:

أحَدُهُمَا: لا تبطُلُ فيه الوصيَّةُ؛ كالبياضِ الذي بَيْنَ الغراسِ، فإذا مَاتَ الغِراسُ وزَالَ البِنَاءُ ـ كان للموصَىٰ له.

والثَّاني: تبطُلُ؛ لأنَّهُ جَعَلَهُ تابعاً لما عليه.

ولو أوصَىٰ بدارٍ، فعمرها ـ: لم يَكُنْ رُجُوعاً؛ كالثوب يغسله.

قُلْتُ: ولو بنى فيها بناءً جديداً ـ: فعلَىٰ وجهين؛ كما لو بَنَىٰ في الأرض؛ فإن لم نَجْعَلْهُ رجوعاً ـ: فلا تكونُ الزيادةُ في الوصيَّة.

وقيلَ: تكونُ في الوصية.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بسُكْنى دارٍ سنةً، ثم أجرها دُونَ السَّنة، فمات قبل أنقضاءِ مُدَّة الإجَارَةِ ـ: بطَلَتِ الوصيَّةُ بقَدْر ما بَقِيَ من مدة الإجَارَةِ، ويبقى الباقي.

وقيل: لا تبْطُلُ، ويَسْكُنُ مُدَّة الوصية بَعْدَ أنقضاءِ الإجارة.

ولو أوصَىٰ لإنسانٍ بألفٍ ثم أوصَىٰ له بألفٍ ـ: فهو ألْفٌ واحدةٌ؛ وكذلك ـ: لو أوصَىٰ بألفٍ معيَّنةٍ، ثم بأَلْفٍ مطلقةٍ، أما إذا أوصَىٰ بأَلْفٍ معيَّنة، ثم بألفٍ أُخْرَىٰ معيَّنة ـ: فهما ألفانِ، ولو أوصَىٰ بألْفٍ، ثم بألفين ـ: فهي أَلْفَانِ؛ وكذلك: لو أوصَىٰ بخمسمائةٍ، ثم بأَلْفٍ ـ: فهي أَلْفٌ، ولو أوصَىٰ بألفٍ، ثم بخمسمائةٍ ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُمَا: هي أَلْفٌ وخمسمائة.

والثاني: خمسمائةٍ؛ كأنه رَجَعَ عن الأَلْفِ إِلَىٰ خمسمائةٍ.

بَابُ المَرَضِ الَّذِي يَجْعَلُ الْعَطِيَّةَ مِنَ الثُّلُثِ

العطايا والتبرُّعَاتُ المنجَّزة في مَرَضِ المَوْتِ تعتبرُ من الثلثِ؛ كالمعلَّقة بالموت، وما كان في الصِّحَّة، أو في مرضٍ لم يَمُتْ منه ـ: يكونُ من رأسِ المال.

ولو أعطى في المرضِ، ومات قَبْلَ أن يبرأ منه ـ: فالأمراضُ علَىٰ أقسام.

قِسْم منه: لا يكونُ منه الهلاكُ غالباً؛ كالجَرَبِ والرَّمَدِ وَوَجَعِ الضِّرْسِ والصُّدَاعِ والحُمَّىٰ اليسيرةِ؛ فعطاياه مِنْهُ تكونُ من رَأْسَ المالِ؛ كما في حَالِ الصِّحَّةِ، وإِنْ مات بعده.

وقسْم: يخافُ منه التَّلَفَ، فينظر: إن صار إِلَىٰ حالةِ اليأسِ ومعاينة الموتِ، وشَخَصَ بصره، أو قطع مريئهُ أو حُلْقُومَه، أوْ شق بطنه، وأُبِينَ خَيْشُومه إلاَّ أنه يتكلَّم ـ: فهو كالميِّت؛ لا يكون لكلامه حُكْمٌ، فإنْ كان فاسقاً ـ: لا تقبل في هذه الحالة توبتُهُ، وإنْ كان كافراً ـ: لا يصحُّ إسلامُهُ، ولا ينفذ شيء من عطاياه، وفي هذه الحالة: كان كإيمانِ فِرْعَوْنَ؛ فلم يقبل، وإن لم يَصِرِ المريضُ إِلَىٰ هذه الحالة، لكنْ مرضُهُ مخوِّف؛ فتكون عطاياه مِنَ الثلث، إن مات، وإن برأ، فمن رأس المالِ.

قلْتُ: فإنْ كانَ مرضه مَخُوفاً، فأعطي، ثم جَزّ إنسان رقبَتَهُ، أو سقَطَ من سطح، فمات ـ: تكون عطيَّتُهُ مِنَ الثلث.

فمن الأمراض المخوفة: الحُمَّى الشديدةُ المُطْبقَة[1]، والقولنج[2]، وَذَاتُ الْجَنبِ[3]،

---

(١) الحمى المطبقة: التي تدوم ليلاً ونهاراً، ولا ترتفع؛ مأخوذة من: تطابق الشيء على الشيء.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٠٠).

(٢) القولَنْج: هو احتباس الغائط؛ لانسداد المِعى المسمى قُولُون بالرُّومِيَّة، من فقه اللغة، وهو فارسي معرب؛ لأن القاف والجيم لا تجتمعان في كلمة واحدة عربية.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٩٩).

(٣) ذات الجنب: داء يقع في الجنب فيرم وينتفخ ويكون بقرب القلب يؤلم ألماً شديداً. ذكره في «البيان».
وقال في «فقه اللغة»: =

وَالرُّعَافُ الدَّائم، والإسْهال المتواتِرُ، فإنْ كان الإسهالُ يوماً أو يومَيْنِ ـ: فلا يكونُ مَخُوفاً إلاَّ أن يكون معه دَمٌ أو زحيرٌ أو تقطيع، أو كان البَطْنُ منخرقاً، أو يسترسل جوفه بحيْثُ لا ينحبسُ؛ فيكون مخوفاً.

أَما الحُمَّى؛ فإن حُمَّ الرجلُ يَوْماً أو يومَيْنِ، فأعطى، ومات ـ نُظِرَ: إنْ لم يعرِق، فتكونُ من الثلثِ، وإنْ مَاتَ بعدما عَرِقَ ـ: فَمِنْ رَأْسِ المال.

وإنْ كانَتِ الحُمَّىٰ دائمةً ـ: فهي علَىٰ أنواع:

حُمَّىٰ الوِرْدِ، وهي: التي تأتي كل يوم؛ وحُمَّىٰ الغِبِّ، وهي: التي تأتي يوماً ولا تأتي يوماً، وحُمَّى الثِّلث، وهي: التي تأتي يومينِ، ولا تأتي يوماً، وحُمَّى الأَخَوَيْنِ، وهي: التي تأتي يومين، ولا تأتي يومين.

وحُمَّى الرِّبْعِ، وهي: التي تأتي يوماً، ولا تأتي يومين.

جميع هذه الأنواعِ مَخُوفَةٌ إلا الرِّبْعَ؛ فإنها بمجرَّدها غَيْرُ مَخُوفَةٍ إلا أن ينضمَّ إليها وَجَعٌ من بِرْسَامٍ[1] أو ذَاتِ جَنْبٍ أو وَجَعِ خاصرةٍ ونَحْوِهَا، فيكون مخوفاً.

ومَنْ ساوره الدَّمُ، حتى تغيَّر عقلُهُ، أو المرار أو البَلْغَمِ ـ: فهو مخوف.

والفَالِجُ[2] وابتداؤُهُ مخوف، لأنَّه ربَّما يذهب الحرارة الغَرِيزيَّة، فيهلك، فإن اسْتَمرَّ به البلغم، وصار فالجاً ـ فليس بمخوف؛ لأنَّه إذا طال ـ: يؤمن معه معاجلة المَوْتِ، فإنْ لم يَبْقَ فيه حركةٌ ـ: فمخوفٌ.

والسُّلُّ[3] وابتداؤُهُ مخوفٌ، فإذا اسْتَمرَّ ـ: فليس بمَخُوفٍ؛ لأنَّ الغالبَ أنَّهُ إذا دَامَ ـ: لا يقتلُ قريباً، ويبقَىٰ فيه مُدَّة، فهو كالهرم، وإنْ كان لا يفارقُ صاحِبَهُ ما لَمْ يَمُتْ؛ وكذلك الفالج، أما الدق [4]: فمخوفٌ، وهو داءٌ يَغْزو القَلْبَ، والسُّلُّ داءٌ يغزو الرئَةَ، والطَّاعُونُ مَخُوفٌ،

= وجع تحت الأضلاع ناخس مع سعال وحُمَّى.
وقال في «الشامل»: هو: قرح يخرج بباطن الجنب.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٩٩، ١٠٠).

(١) البِرْسَام: عِلَّةٌ مَعْروفة تزيل العقل، وهي وَرْمة تصيب الدِّماغ نفسه، وتتقدمها حمَّى مطبقة دائمة، مع ثقل الرأس، وحمرة شديدة، وصداع، وكراهية الضوء، فيزول العقل، كذا ذكر في كتب الطب وفقه اللغة.
ينظر: النَّظْمُ المستعذب (٢/ ٩٨).

(٢) الفَالِجُ: علَّة تأخذ من البرد يُرْعَدُ بها الجسد وقال في «فقه اللغة»: هو ذهاب الحِسِّ والحركة عن بعض أعضائه.
ينظر النظم المستعذب (٢/ ١٠٠)

(٣) السُّلُّ: علة يُهْزَلُ منها الجسم، يأخذ منها سُعَالٌ ينظر النظم المستعذب ٢/ ١٠٠.

(٤) حُمّى الدِّقّ: حمى معاودة يومياً تصحب غالباً السُّلَّ الحاد. =

إذا أصاب الإِنْسَانَ، فإنْ وقع في البَلَدِ ـ: فهل يكون مخوفاً في حَقِّ مَنْ لم يُصِبْهُ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: يكونُ مَخُوفاً.

وإنْ أشكل أمر شيءٍ من هذه الأمراضِ: يرجعُ إِلَىٰ أهْلِ العلْمِ بالطِّبِّ من المسلمين، ولا يُقْبَلُ فيه قولُ الكُفَّار، فإنْ شهد عَدْلاَنِ مِنَ المسلمين؛ أنه مخوف ـ: فهو مخوفٌ.

ولا يكتفي بعَدْلٍ واحدٍ، ولاَ برُجلٍ وٱمرأتين.

ولو ٱختلف الوارثُ والمتبرِّع عليه في كونه مَخُوفاً بَعْدَ المَوْتِ ـ: فالقولُ قولُ المتبرَّع عليه، مع يمينه؛ لأنَّ الأصْلَ سَلاَمَتُهُ.

فإنْ أقام الوارثُ بيِّنَةً ـ: تسمَعُ، ولا تُقْبلُ إلاَّ مِنْ رجلَيْنِ عدلَيْنِ عالِمَيْنِ بالطِّبِّ، والحاملُ إذا ضَرَبَها الطَّلْقُ ـ: يكون مَخُوفاً.

وإنْ أصابَتْهُ جِرَاحٌ ـ نُظر: إن كانَتْ نافذَةً إِلَىٰ جَوْفٍ أو دِمَاغٍ أو كانَتْ علَىٰ موضعٍ كثيرِ اللَّحْمِ فهو مَخُوفٌ؛ وإلاَّ فَلَيْسَ بمَخُوفٍ إِلاَّ أن يكونَ لَهُ وَجَعٌ أو ضَرَبَاتٌ شديد، أو تورُّمٌ، أو أَكَلَةٌ: فيكون مخوفاً.

وإنْ كان في سفينة فٱغتلم[1] البَحْرُ، وهاجَتِ الأمواجُ.

أو كان أسيراً في أَيْدِي الكُفَّار، وهم يَقْتُلُون الأَسَارَىٰ. أو التقى الصَّفَّانِ في الحَرْبِ، وٱلْتَحَمَ القتالُ، فأعطى رجُل في تلك الحالة ـ: نَصَّ علَىٰ أنه من الثلث.

ونَصَّ فيما لو قُدِّم ليُقْتَلَ، قصاصاً أنَّه ليس بمخوفٍ.

ٱختلف أصحابنا في هذه المسائلِ: منهم مَنْ جَعَلَ الكلَّ علَىٰ قولين:

أحدهما: لَيْسَ شيءٌ منها مَخُوفاً، ما لَمْ يُصِبْهُ السلاح.

والثاني: كلُّها مخوفٌ؛ لأنَّ الغالِبَ منه الهلاكُ.

ومِنْهُمْ مَنْ فَرَقَ عَلَىٰ ظاهِرِ النَّصِّ، وقال: البَحْرُ لا يغيث، والكَافِرُ لا يرحم المسلم، وعند ٱلتحامِ القِتَالِ: لا يَرْحَمُ بعضُهُمْ بعضاً؛ فكان الكُلُّ مخوفلً ومَنْ له القصاصُ: قد يرحَمُ فيعفوا طلباً للثواب؛ فلم يَكُنْ مَخُوفاً.

وإذا قُدِّمَ لِيُقتَلَ بسبب القتلِ في الحرابَةِ أو ليُرْجَمَ بسَبَبِ الزِّنَا ـ: فهو كالأسير في أيدي الكفارِ؛ لأنَّه لا يجوز تركُهُ للرَّحْمَةِ.

= ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١٩٩).

(١) اغتلم البحر: هاج واضطربت أمواجه المعجم الوسيط ٢/ ٦٦٦.

بَابُ الأَوْصِيَاءِ

رُوِيَ أَنَّ عَبْد الله بْنِ مَسْعُودٍ أَوْصَىٰ بِكِتابٍ: «إِنَّ وَصِيَّتِي إِلَى الله وَإِلَىٰ الزُّبَيْرِ بْـنِ الْعَوَّامِ، وَإِلَىٰ ابْنِهِ عَبْدِ الله بْنِ الزُّبَيْرِ»[١].

يستحبُّ لِمَنْ قَرُبَ وَفَاتُهُ: أَنْ يُوصِي إلى أمينٍ في أمورِهِ مِنْ قضاءِ ديونِهِ وَرَدِّ مظالمِهِ وتنفيذِ وصايَاهُ، وأمورِ أطفالِهِ، فإنْ لم يَفْعَلْ ـ: ينصِّب القاضِي قَيِّماً يتولَّىٰ هذه الأمور عنه.

ويصحُّ الإيصاءُ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مكلَّفٍ، أمَّا في أمورِ الأطفالِ ـ: لا يصحُّ إلاَّ من الأبِ أو الجَدِّ أبِ الأَبِ عِنْدَ عَدَمِ الأب.

وَجَوَّزَ الإصطخريُّ: للأمِّ أنْ توصِي في أمورِ أطفالِهَا، وإذَا أوصَىٰ في أمورِ أطفالِهِ ـ: لا تصحُّ حتَّىٰ تكونَ في المُوصِي خَمْسُ شرائطِ.

الإِسْلاَمُ، والعَقْلُ، والبُلُوغُ، والحُرِّيَّةُ، والعَدَالَةُ.

فلو أوصَىٰ إِلَىٰ ذمِّيٍّ في حَقِّ مسلم ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّه غَيْرُ مأمونٍ على المُسْلِمِ؛ قال الله تعالَىٰ: ﴿لاَ تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لاَ يَأْلُونَـكُمْ خَبالاً﴾ [آل عمران: ١١٨][٢] ولو أوصَىٰ ذِمِّيٌّ إِلَىٰ مُسْلِمٍ ـ: يجوز. ولو أوصَىٰ ذِمِّيٌّ إلى ذميٍّ: فيه وجهان:

أحدهما: يجوزُ، كما يكون وليًّا لولده الكافر.

والثَّاني: لا يجوزُ؛ كما لا تُقْبَلُ شهادة الذِّمِّيِّ لمسلمٍ ولا لكافرٍ.

وقال الأوزاعيُّ: يجوزُ إن أوصَىٰ إِلَىٰ عبدِ نفسِهِ، وبه قال أبو حنيفة، إذا كَانَتْ ورثتُهُ أطفالاً.

ولو أوصَىٰ إلى فاسقٍ ـ: لا يجوزُ بخِلافِ ما لَوْ وَكَّلَ فاسقاً ببَيْعِ ماله: يجوزُ؛ لأنه يتصرَّفُ في حَقِّ نَفْسِهِ، والإيصاءُ في حَقِّ غيره، نظيرُهُ: الأب إذا وكل فاسقاً في مَالِ ولدِهِ ـ: لا يجوز.

هذا كما أنَّ الرجُلَ إذا أودَعَ مالَهُ عِنْدَ فاسقٍ: يجوزُ، والمودِعُ لا يُودِعُ إلاَّ عند أمينٍ.

---

(١) قال ابن الملقن في «الخلاصة» (٢/ ١٤٩) رواه البيهقي بإسناد حسن.

(٢) البطانة: الخاص من الأصحاب، أبطنت الرجلَ: إذا جعلته من خواصِّك كأنه يعلمه بباطن أموره.
لا يألونكم: لا يقصرون في الإفساد بينكم.
ولا يبغون غاية في إلقائكم في الخَبَالِ.
والخَبَالُ: الفساد.
ينظر النظم المستعذب (٢/ ١٠٢).

ولو أوصَىٰ إِلَىٰ ٱمرأةٍ ـ: يجوزُ، سواءٌ كانت أمَّ طفلٍ أو أجنبيةً.

وَٱخْتَلَفَ أصحابُنَا في الأعمَىٰ: هل يجوزُ أن يجعل وصيًّا؟.

منهم من قَالَ: يجوزُ؛ لأنَّهُ مِنْ أَهْلِ الشهادةِ؛ كالبَصِيرِ.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنَّ المُوصِيَ قد يفتقر إِلَىٰ عُقودٍ لا تصحُّ من الأعمى.

فإِنْ أوصَىٰ، وقال: جعلتُكَ وصيًّا في أمورِ أطفالِي والتصرُّفِ في أموالِهِمْ، أو الحاكِمُ قال لِرَجُلٍ: جعلتُكَ قيِّماً في أمورِ أطفالِ فلانٍ والتصرُّفِ في أموالِهِمِ ـ: جازَ، ومَلَكَ حفْظَ الأطفالِ والأَمْوالِ والتصرُّف.

ولو قال الأبُ: جعلتُكَ وصيًّا في مالِ وَلَدِي، أو قال الحاكمُ: جعلتُكَ قيِّماً في مالِ أطفالِ فُلَانٍ ـ: مَلَكَ حفْظَ المالِ، وهل يملكُ التصرُّف؟ فيه وجهان:

وكذلكَ ـ: لو قال: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ في أمورِ أولادِي، أو قاله الحاكمُ ـ: ملكَ حفْظَ الأولادِ، وهل يَمْلِكُ التصرُّفَ في أموالهم؟ فعلَىٰ وجهين.

ولو قال: ولَّيتُكَ مالَ فلانٍ ـ: يقتضي الحفْظَ لا التصرُّف، ولا تتمُّ الوصيَّة إلا بالقبول.

ويشتَرطُ قبولُ الوصِيِّ بَعْدَ موت الموصِي، كقبول الوصيَّة: فلو قَبِلَ في الحياةِ، ولم يَقْبَلْ بعده ـ: لم تصحَّ.

وقيل: يصحُّ القَبُولُ في الحالِ، وٱلامتثالُ يكون بعد الموتِ كالوكالَةِ، قبولهَا في الحالِ، والامتثالُ بَعْدُ.

ولو أوصَىٰ إِلَىٰ صبيٍّ فبلغ قَبْلَ موتِ الموصِي، أو إِلَىٰ كافرٍ فأسلَمَ، أو إلى فاسقٍ فَحَسُنَتْ حالَتُهُ قبل موتِ الموصِي ـ: فٱختلفَ أصحابُنَا فيه.

منهم مَنْ قال: شروط الوصايةِ شَرْطٌ عند موتِ الموصِي لا حَالَةَ الإيصَاءِ؛ كما أنَّ عدالَةَ الشهود شرطٌ عند الأداء لا عند التحمُّل.

ومنهم مَنْ قال: تعتبَرُ هذه الشروطُ حالَةَ العَقْدِ وعند الموتِ، ولا تعتبر فيما بينهما.

ومنهم مَنْ قال: تعتبر حالَةَ العَقْد إِلَىٰ المَوْت؛ لأنَّهُ ما مِنْ حَالٍ[1] بعد الوصيَّة إلا ويتصَوَّر فيه المَوْتُ والحاجَةُ إلى التصرُّف.

وإن تغيَّر حالُ الوَصِيِّ بعد موتِ المُوصِيَ نُظر: إن فَسَقَ ٱنعزَلَ، وكذلك: القيِّم والحاكمُ، وإذا تاب لا تَعُودُ ولايتُهُ إلاَّ بتوليَةٍ جديدةٍ، وإذا جُنَّ أو أُغْمِيَ عليه ـ: فالإمامُ يُقِيمُ

(١) في ب: حالة.

غيره مُقَامَهُ، فإذا أفاق قَبْلَ توليَةِ الغَيْرِ ـ: هل يكونُ على الولايَةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَلِي؛ كالإِمَامِ الأَعْظَمِ إِذَا جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عليه، ثم أفاق ـ: كان على الولايةِ.

والثَّاني: لا [يلي] إلاَّ بتوليةٍ جديدةٍ؛ لأنَّهُمْ يتولَّوْنَ بالتفويضِ؛ كالوكيلِ: ينعزلُ بالجُنُونِ والإغماءِ، ولا يعودُ بَعْدَ الإفاقة.

أمَّا الأبُ أو الجَدُّ إذا فَسَقَ ـ: ينزعُ مالُ الطفلِ مِنْ يده، فإذا مَاتَ أو جُنَّ، فأفاقَ ـ: فهو علَىٰ ولايتِهِ؛ لأنَّ ولايتَهُ شرعيَّةٌ، والإمامُ الأعظَمُ لا ينعزلُ بالفِسْقِ؛ لأن توليَةَ الفاسِقِ تجوزُ أبتداءً.

ولو جُنَّ أو أُغْمِيَ عليه، ثم أفاقَ ـ: فهو على ولايته، فإن أفَاقَ بعد توليةِ الغير ـ: فالولايةُ للثَّاني إلاَّ أن يخافَ الفِتْنَةَ؛ فهي للأول.

ولو تَعدَّى الوصيُّ أو القيِّم في مَالِ الصبيِّ ـ: أنعزل؛ فإذا تاب ـ: لا يعودُ أميناً حتَّىٰ ينصِّبه الحاكم.

وإذا كان قد أتلَفَ مالاً ـ: فلا يخرج من خمسانِهِ، حتى يدفع قيمتَهُ إلى الحَاكِمِ، ثم يردَّهُ إليه الحَاكِمُ بعد التوليَةِ، والأَبُ إذا تعدَّىٰ ـ: لا يصرف له حتَّىٰ يتوب؛ فإذا تاب ـ: فهو علَىٰ ولايتِهِ، وإن كان قَدْ أتْلَفَ مالاً ـ: فَلَهُ أن يقتصَّ للصبيِّ من نفسه.

وإنْ أكَلَ شيئاً ـ: مِنْ مالِ الطفلِ عند الضرورةِ ـ: يجوزُ، أباً كان أو جَدًّا أو قَيِّماً، ثم الأبُ يقتصُّ الضمانَ مِنْ نفسه للصبيِّ، والوصيُّ أو القيِّمُ يدفعه إلى الحاكِمِ، حتى يقتصَّ للصبيِّ، ثم يردَّ إليه، وإنْ ضعف الوصيُّ ـ: ضم إليه أمينٌ، فإنْ كان الضَّعْفُ في رأيه ـ: ضم إليه مَنْ يسدِّدَه، وإن كان في بدنه بأنَّه عَجَزَ عن الكتابةِ والحسابِ ونحوِهَا ـ: ضُمَّ إليه من يعينُهُ على العملِ، ولا يَعْزِلُهُ الحاكم؛ بخلافِ ما لو نَصَبَ قَيِّماً، فضعف ـ: لَهُ عزله؛ لأنَّه الذي نصبه.

ويجوزُ للوصيِّ أن يعزلَ نفسَهُ، وللموصِي أن يعزلَهُ متَىٰ شاء؛ لأنَّ تصرُّفه بالإذْنِ؛ فكان لكلِّ واحدٍ فسخُهُ؛ كالوكالة.

ولو أوصَىٰ رجُلٌ بتفرقَةِ ثلثِهِ، ولم ينصبْ وصيًّا، وله أبٌ ـ: فالحاكم أولَىٰ بتفرقة ثلثِهِ، فينصب فيه قيِّمًا، والأب يقضي ديونَهُ، ويقُومُ بأمور أطفاله، فلو أنه أوصَىٰ إلى إنْسانٍ بتفرقةِ ثلثِهِ، وقضاءِ ديونِهِ، والتصرُّف في أموالهم، وماتَ وله أبٌ، ـ: فالموصِي أَوْلَىٰ بتفرقةِ ثُلُثِهِ وقضاءِ ديونِهِ وبَيْعِ مالِهِ فيه، أما أمورُ الأطفالِ والتصرُّفُ في أموالِهِمْ ـ: فالجَدُّ أولَىٰ، ولا تصحُّ وصيَّةُ الأب فيه؛ عَلَىٰ أصَحِّ الوجهين؛ لأنَّ ولايته شرعيَّةٌ؛ فلا يَقْدِرُ الأبُ علَىٰ نقلها منه؛ كولايةِ التزويج. وفيه وجْهٌ آخَرُ، وبه قال أبو حنيفة: أنه إلى الوصيِّ لأنه نائبُ الأب، والأبُ أولَىٰ مِنَ الجَدِّ، كذلك: نائبه.

ولو أوصَىٰ إلى إنسانٍ في نَوْع ـ: لا يصيرُ وصيًّا في غيرِه، وكذلك: لو أوصَىٰ إلَيْهِ إلَىٰ مدة ـ: لا يكونُ وصيًّا بعد تلك المدَّةِ؛ مثلُ: إنْ قال: أوصَيْتُ إليك سَنَةً، أو إلى أنْ يَرْجِعَ فلانٌ مِنَ السفرِ، أو أوصَىٰ إلى زوجتِهِ إلَىٰ أن ينكح ـ: فيصحُّ، ولا يكونُ وصيًّا بعده.

وعند أبي حنيفة: إذا أوصَىٰ إلَيْهِ في نوعٍ ـ: كان وصيًّا في جميعِ الأنواع.

ولو أوصَى إلَىٰ رَجُلَيْنِ ـ: يجوزُ، ثم إنْ كان ذلك أمْراً ينفردُ صاحبُ الحَقِّ بأخْذِهِ؛ مثلُ: رَدِّ المظالِمِ مِنَ المغصوبِ والعَوَارِي، وَرَدِّ الودائعِ، وتسليمِ المَنَافِعِ ـ: يجوزُ أن ينفردَ كُلُّ واحدٍ منهما به، وكذلك: الوصيَّةُ المعيَّنةُ وقضاءُ الدينِ: إذا وجد جنْس حَقِّهِ، فأما ما سِوَىٰ ذلك مِنْ أمورِ أولادِهِ، والتصرُّفِ في أموالِهِمْ، وتفْرِقَةِ ثلثِهِ ـ نُظر: إن قال: جعلْتُ إلَىٰ كُلِّ واحدٍ منهما، أو قال: جعلْتُ إليهما، أو: إلَىٰ كلِّ واحدٍ منهما ـ: يجوزُ أن ينفردَ بِهِ كُلُّ واحد منهما، وإنْ مات أحدُهُمَا، أو فَسَقَ، أو ضَعُفَ ـ: جاز للآخر أنْ يتصرَّف ولا يضم إليه غيره؛ لأنَّ الموصِيَ رَضِيَ بِنَظَرِ كُلِّ واحد منهما وحده، وكذلك: لو قال: أوصَيْتُ إلى زيدٍ، ثم قال: أوصَيْتُ إلَىٰ عمرٍو، ولا يتعزلُ الأوَّلُ، وينفردُ به كُلُّ واحد منهما.

أما إذا قال: أوصَيْتُ إليكما في كَذَا مطلقاً، أو قال: ينفذان الأمْر معاً ـ: فلا ينفردُ به أحدُهُما حتَّىٰ في شراءِ الكَفَنِ، وإعتاقِ عَبْدٍ معيَّنٍ وغيرِ معيَّن.

وعند أبي حنيفة: ينفردُ به أحدهما.

فنقولُ: المُوصِي لَمْ يَرْضَ برأي أحدهما؛ كما لو أوصَىٰ إلى زيد ـ: لا يقوم عمرو مَقَامَهُ؛ لأن المَالكَ لَمْ يَرْضَ برأيِهِ، فإنْ مات أحدهما أو فَسَقَ أو جُنَّ أو غَابَ أو لَمْ يَقْبلِ الوصيَّةَ ـ: ضَمَّ الحاكِمُ إلَى الآخرِ أميناً.

ولو أراد الحاكمُ أَنْ يُفَوِّضَ الجميعَ إلى الآخَرَ ـ: لم يُجزْ؛ لأنَّ الموصِيَ لَمْ يَرْضَ برأْيِ واحدٍ حتى لو تصرَّف الآخَرُ وحده: فإن كان بيعاً أو شراءً أو إعتاقاً ـ: لم يَنْفُذْ، وإنْ كان إنْفَاقاً ـ: ضمن، فلو ماتا جميعاً، أو فَسَقَا ـ: فهل للحاكمِ أنْ يُفَوِّضه إلَىٰ أمينٍ واحدٍ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّ الموصِي لم يَرْضَ بواحد.

والثاني: يجوزُ، لأنَّ حُكْمَ وصيَّتِهِ قد سَقَطَ، وصار الأمر إلَى الحَاكِمِ.

ولو ٱختلَفَ الوصيَّانِ، فقال أحدهما: أُفَرِّقُ المالَ علَىٰ هؤلاء وقال الآخر: بل علَىٰ هؤلاءِ ـ: تولَّى الحاكمُ التفرقة.

ولو اختلفَا في حِفْظِ المالِ: فإن كان شيئاً ينقسم، كالحُبُوبِ وأمثالها ـ: يجعلُ بينهما نصفَيْنِ: يحفظُ كلُّ واحد منهما نصفَهُ.

وإنْ كان ممَّا لا ينقسمُ: فإن ٱتفقا على ثالثٍ يحفظُهُ مِنْ جهتهما ـ: يجوزُ؛ وإلا يسلِّمه الحاكمُ إلَىٰ مَنْ يحفظه.

وإذا أَرَادَ التصرُّف: فلا ينفردُ به أحدهما.

قُلْتُ: هذا إذا جعل التصرُّف إليهما، أما إذا جعل الحفظ إليهما ـ: لا ينفردُ بِهِ أحدُهُما، بل يضعانِهِ في بَيْتٍ، ويَقْفِلانِ عليه.

فَصْلٌ في توكيل الوصي

يجوزُ للوصيِّ أن يوكِّل الغير بالبَيْعِ فيما لَمْ تَجْرِ العادةُ بأن يتولَّاه بنفسه، ولا يجوزُ أن يُوصِيَ إلَىٰ غيره في أمورِ الموصِي.

وعند أبي حنيفة: يجوزُ؛ حتَّىٰ قال: لو أوصَىٰ إلَىٰ إنسانٍ في أمورِهِ ـ: يكونُ وصيُّهُ وَصِيًّا فيما أوصَىٰ إليه.

أما إذا قال الموصِي لِرَجُلٍ: أوصَيْتُ إليك حياتَكَ، فإنْ مِتَّ ـ: فَفُلانٌ وَصِيِّي، أو: أوصَيْتُ إلَىٰ فلانٍ ـ: تصحُّ، فإذا مات الوصيُّ الأول ـ: يكون الآخَرُ وصيًّا، وكذلك: لو أوصَىٰ إلَىٰ رجلَيْنِ، فقال: إذا مات أحدُهُمَا ـ فقد أوصَيْتُ جميعَ مالِي إلى الثاني ـ: تصحُّ؛ كما لو قال: أوصَيْتُ إليك إلَىٰ أنْ يَرْجِعَ ٱبْني؛ فإذا رجع فَهُوَ وصِيِّي ـ: تصح.

وإذا رجع ٱلابْنُ ـ: ينعزلُ الأوَّل.

رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ أَمَّرَ زَيْدَ بْنَ حَارِثَةَ فِي جَيْشِ مُؤْتَةَ، وَقَالَ: «إذَا أُصِيبَ زَيْدٌ فَجَعْفَرٌ».

ورُوِيَ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ أَوْصَتْ فِي وَقْفِهَا إلَىٰ عَلِيٍّ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ فَإِنْ حَدَثَ بِكَ حَدَثٌ، أَوْ إنْ مِتَّ، فَوَصِيُّكَ وَصِيِّي أو أوصيت إلى من أوصيت إليه ـ: فهل يجوزُ للوصيِّ أنْ يُوصيَ؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوزُ، فيقول: أوصَيْتُ إليك بتركةِ فلانٍ، لأنَّ الموصِيَ قَدْ أَذِنَ فيه؛ كالوكيلِ ـ: يجوزُ له أن يوكِّل بالإذن.

والثاني: وهو الأصحُّ. وقوله الجديد ـ: لا يجوزُ، لأنَّه ينعزلُ بالمَوْتِ، فكيفَ يُوصِي إلى الغَيْرِ؛ بخلافِ الوكيلِ: فإنَّه يوكِّل في حالِ حياةِ المُوَكِّلِ بإذنه، والوصيُّ يُوصِي بعد موت الموصِي، ولأنَّهُ لو قال للوكيلِ: وَكِّلْ بعد حَيَاتِي، أو بعد موتِي ـ: لا يجوزُ، أما إذا قال للوصيِّ: إذا حَدَثَ بك حَدَثٌ ـ: فَأَوْصِ إلَىٰ مَنْ شئْتَ بعدك، أو أَوْصِ إلى فلانٍ ـ: فقد قيل: فيه قولان، كالأول.

وقيل ـ وهو الأصح ـ: لا يجوزُ ههنا؛ لأنه لم يضِفِ الوصايَةَ إلَىٰ نفسه، وفي المسألةِ

الأولَىٰ أضَافَ إلَىٰ نفسه، فقال: وصيُّكَ وَصيِّي؛ فجازَ؛ كما لو أوصَىٰ بنفسه.

إذا كان مالُ اليتيمِ غائباً ـ: فولايةُ التصرُّف في ماله إلىٰ قاضِي البلدِ الذي: فيه اليتيمُ، ولا يَجُوزُ لقاضِي بَلَدِ المالِ: أنْ يتصرَّف فيه؛ كما أنَّ وليَّ المرأةِ قاضِي البلدِ الذي فيه المرأةُ، حتَّىٰ لو بعثت إلى قاضِي بَلَدٍ آخَرَ، وأَذِنَتْ له في تزويجِهَا مِنْ رَجُلٍ ببلدِ ذلك القاضِي ـ: لا يجوزُ له تزويجُهَا.

فَصْلٌ في متى يقوم بتنفيذ الوصايا

مَنْ مَاتَ ـ: يُبْدأُ بعد تجهيزه ودفنه بقَضَاءِ دُيُونِهِ، ثم بتنفيذِ وصايَاهُ، ثم الباقي مِنْ مالِهِ للورثةِ، والدَّيْنُ والوصيَّةُ: هلْ يَمْنَعَانِ الميراث؟

قيل: يمنعانِ، وهو قولُ الإصطخريِّ، قال: تكونُ التركةُ باقيَةً علَىٰ ذَلِكَ الميِّت إلَىٰ أنْ يقضي دينه ووصيَّته؛ لأنَّ الله تعالَىٰ قال: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

والمذهبُ: أنهما لاَ يَمْنَعَانِ الميراثِ؛ بدليلِ أنَّ لهم أنْ يحفظُوهُ ويؤدُّوا الدَّيْنَ مِنْ موضِعٍ آخر؛ فلا يقتسمون إلاَّ بعد قضاءِ الدَّيْنِ والوصيَّة.

وفائدته تتبيَّن فيما إذا حَصلَتْ زوائدُ من وَلَدِ الأَمَةِ، وَنِتَاجِ البهيمةِ، وكَسْبِ العَبْدِ ـ: هلْ يتعلَّق بها حَقُّ الغرماء أم لا. إن قلنا: يمنع الميراثَ ـ: يتعلَّق بها حَقُّ الغرماء؛ وإلا فلا.

وإنْ كان الدَّيْنُ أَكْثَرَ مِنْ قيمةِ التركةِ، فقال الوارثُ: أنا آخُذُهَا بقيمَتِهَا، وَطَالَبَ الغرماء بِبَيْعِهَا؟ فيه وجهان؛ بناءً عَلَىٰ أنَّ العبد الجَانِي: إذا فداه السيِّد بماذا يفدى؟ فيه قولان:

أصحُّهما: بالأقلِّ من قيمتِهِ أو أَرْشِ جنايتِهِ؛ فعلى هذا: ههنا لا يجبُ بيعها؛ لأنَّ الظاهر أنَّهُ لا يشتري بأكْثَرَ مِنْ قيمتها، وإن قلنا هناك: يفدى بأرشِ الجنايةِ، وإنْ زادَتْ على قيمتِهِ أو سَلَّمَهُ للبيع ـ: فههنا يجبُ تسليمها للبَيْعِ؛ لأنَّه قد يرغَبُ فيها مَنْ يزيد في قيمتِهَا؛ فلو تصرَّف الوارثُ في التركةِ قَبْلَ قضاءِ الدَّيْنِ؛ بأنْ بَاعَ منه شيئاً لنفسِهِ أو رَهَنَ عيناً من التركةِ مِنْ نفسِهِ ـ: هل يصحُّ أمْ لا فيه وجهان:

أحدُهما: لا؛ لأنَّهُ تعلَّق به دَيْنُ الميِّت؛ كالمرهون: لا يجوزُ للرَّاهِنِ بيعُهُ، ولا رَهْنَهُ؛ لتعلُّق حَقِّ المرتهن به.

والثاني: يصحُّ؛ لأنَّهُ تعلَّق به بغَيْرِ إذن المالكِ؛ كالمريضِ يَنْفُذُ تصرُّفه في مالِهِ، مع تعلُّق حَقِّ الورثةِ به؛ بخلاف المرهونِ. فإن المالكَ أغْلَقَ علَىٰ نفسِهِ باب التصرُّف بعده فعلى هذا إذَا قَضَى الوارثُ دَيْنَ الميت؛ وإلاَّ رُدَّ تصرُّفُهُ وبِيعَ في الدَّيْن.

فإنْ قلنا: لا تصحُّ: فإن كان قَد بَاعَ عبد[اً] أَوْ مَاتَ وتصرَّف الوارثُ في التركةِ، ثم وَجَدَ

المشتري بالعَبْدِ عَيْباً، وَرَدَّهُ، أو لَزِمَ الميتَ دَيْنٌ، بأنْ كانَ حَفَرَ بِئْرَ عدوانٍ، فوقَعَتْ فيها بَهِيمَةٌ، فَهَلَكَتْ ـ: ففي تصرُّف الوارثِ وجهان:

أحدهما: يصحُّ؛ لأنَّهُمْ تصرَّفوا في مالِهِمْ، لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ الغَيْر.

والثَّاني: تبطُلُ، لأنا أثبَتْنا تعلُّق الدَّيْنِ به.

إذا قضى المَرِيضُ في مَرَضِ مَوْتِهِ دُيُونَ بَعْضِ غُرَمائِهِ، ولا وَفَاءَ في التركةِ ـ: هل للباقين حَقُّ ٱلاعتراض؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قولُ أبي حنيفةَ: لَهُمْ ذلك؛ لأنَّه تعلَّق حَقُّ جميعهم بمالِهِ؛ بِدليلِ أنَّه يُرَدُّ تبرُّعُهُ لحقِّهم؛

كما لو أوصَىٰ بقضاءِ دُيُونِ بَعْضِ الغرماءِ ـ: لا يُحْكَمُ به، بل جميعُهُمْ سواءٌ فيه.

والثَّاني: لا ٱعتراضَ لهم؛ لأنَّهُ تصرّف في ملكه؛ بدليلِ أنه لو ٱشترى أطعمَةً شهيَّةً وثياباً ثمينَةً ـ: لا ٱعتراضَ لهم عليه؛ بخلافِ الوصيَّةِ: فإنه لو أوصَىٰ بأنْ يُكَفَّنَ في ثيابٍ ثمينةٍ ـ: لا يُعْمَلُ به لَحِقِّ الغرماء.

ولو أوْصَىٰ إلى رجلٍ ليبيعَ عَبْدَهُ، فيشتري بثمنِهِ جاريَةً يعتقُهَا، ففعله الوصيُّ بعد موته، ثم وَجَدَ مشتري العَبْدِ به عَيْباً، فردَّهُ على الوصيِّ ـ: يبيعُهُ ويدفعُ ثمنَهُ إلَىٰ بائِعِ الجاريَةِ، فإنْ باعَهُ بأقلَّ من ثمنِ الجاريةِ ـ: غرم النقصان مِنْ مالِ نفسه؛ لأنَّ الموصي له لَمْ يَأْمُرْهُ بأَنْ يشتري الجاريَةَ بأكثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ، وإنْ باعه بأكثَرَ مِنْ ثمن الجاريةِ ـ: دفع ثمن الجاريَةِ مِنْهُ، والفَضْلُ للوارث.

فَصْلٌ فيما يلحق الميت

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَة؛ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ـ ﷺ ـ قَالَ: «إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ ـ: ٱنْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاثٍ ـ: إِلاَّ مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»[1]. لاَ يَلْحَقُ المَيِّتُ

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٥٥) كتاب الوصية: باب ما يلحق الإنسان من الثواب حديث (١٤/ ١٦٣١) والبخاري في «الأدب المفرد» رقم (٣٨) وأبو داود (٢/ ١٣١) كتاب الوصايا: باب ما جاء في فضل الصدقة عن الميت حديث (٢٨٨٠) والترمذي (٣/ ٦٦٠) كتاب الأحكام: باب في الوقف حديث (١٣٧٦) والنسائي (٦/ ٢٥١) كتاب الوصايا: باب فضل الصدقة، على الميت، وأحمد (٢/ ٣٧٢) وابن خزيمة (٤/ ١٢٢) رقم (٢٤٩٤) وأبو يعلى (١١/ ٣٤٣) رقم (٦٤٥٧) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٣٧٠) والدولابي في «الكنى والأسماء» (١/ ١٩٠) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ١٩٠) والبيهقي (٦/ ٢٧٨) كتاب الوصايا: باب الدعاء للميت وابن عبد البر في «جامع بيان العلم وفضله» (١/ ١٥) والبغوي في شرح السنة (١/ ٢٣٧ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له». =

مَا يَفْعَلُ عَنْهُ الحِيُّ بعد موتـِهِ بِغَيْرِ إذنه: إلا دُعَاءٌ يدعو لَهُ، أَوْ صَدَقَةٌ يتصدَّق عنه، أو حَجٌّ يُؤَدَّىٰ عنه، إذا كان فَرْضاً عليه، أو دَيْنٌ يقضَىٰ عنه.

أما الدعاءُ: فالدليلُ عَلَيْهِ قولُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالإِيمَانِ﴾ [الحشر: ١٠].

وأما الصَّدَقَةُ: روي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّ رَجُلاً قَالَ لِلنَّبِيِّ - ﷺ - إِنَّ أَبِي مَاتَ، وَتَرَكَ مالاً، وَلَمْ يُوصِ -: فَهَلْ يُكَفِّرُ عَنْهُ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهُ؟ قَالَ: «نعَمْ»[1]، وعن ابْنِ عَبَّاسٍ؛ أن سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ الله - ﷺ -: «إِنَّ أُمِّي تُوفِّيَتْ، أَفَيَنْفَعُهَا إِنْ تَصَدَّقْتُ عَنْهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَإِنِّي أُشْهِدُكَ أَنَّ حَائِطِي المخرَاف[2] صَدَقَةٌ عَلَيْهَا»[3].

وأما الحَجُّ والدَّيْنُ، فَرُوِيَ أَنَّ امْرَأَةً مِنْ خَثْعَمَ سَأَلَتْ رَسُولَ الله - ﷺ - عَنِ الحَجِّ عَنْ أَبِيهَا؟ وَقَالَتْ: أَيَنْفَعُهُ ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقَضَيْتِيهِ نَفَعَهُ»[4].

= وقال: الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٥٤) كتاب الوصية باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت حديث (١١/ ١٦٣٠) من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة.

(٢) المَخْرَافُ: بفتح الميم وهو البستان، والمخرف النخلة نفسها.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٠٣).

(٣) أخرجه أبو داود (١/ ٥٢٦) كتاب الزكاة باب في فضل سقي الماء حديث (١٦٨١) من طريق أبي إسحاق عن رجل عن سعد بن عبادة به.
وأخرجه أحمد (٥/ ٢٨٤) والنسائي (٦/ ٢٥٥) كتاب الوصايا: باب ذكر الاختلاف على سفيان حديث (٣٦٦٦) من طريق شعبة عن قتادة عن الحسن عن سعد بن عبادة به بنحوه.
وأخرجه النسائي (٦/ ٢٥٤) كتاب الوصايا: باب ذكر الاختلاف على سفيان حديث (٣٦٦٥) وابن ماجه (٢/ ١٢١٤) كتاب الأدب: باب فضل صدقة الماء حديث (٣٦٨٤) وابن خزيمة رقم (٢٤٩٧) من طريق هشام الدستوائي عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن سعد بن عبادة قال: قلت: يا رسول الله أي الصدقة أفضل قال: «سقي الماء».
وأخرجه أبو داود (١/ ٥٢٦) كتاب الزكاة: باب في فضل سقي الماء حديث (١٦٨٠) من طريق شعبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب والحسن عن سعد بن عبادة بنحوه.

(٤) أخرجه البخاري (٣/٣٧٨): كتاب الحج: باب وجوب الحج وفضله فحديث (١٥١٣)، ومسلم (٢/ ٩٧٣): كتاب الحج: باب الحج عن العاجز لزمانه وهرم ونحوهما، حديث (٤٠٧/ ١٣٣٤)، وأبو داود (٢/ ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢): كتاب المناسك، (الحج): باب الرجل يحج مع غيره، حديث (١٨٠٩)، والترمذي (٣/ ٢٦٧): كتاب الحج: باب ما جاء في الحج عن الشيخ الكبير والميت، حديث (٩٢٨)، والنسائي (٥/ ١١٧): كتاب الحج: باب الحج عن الحي الذي لا يستمسك على الرجل، وابن ماجة =

فأمَّا ما سِوَىٰ ذلك مِنَ القُرَبِ مِنَ الصَّلاة وقراءةِ القُرْآنِ وغيرها: لاَ يَلْحَقُ المَيِّتُ.

وذكر صَاحِبُ «التلخيص»؛ أنه لا يُصَلِّ أَحَدٌ عن أَحَدٍ إلاَّ رَكْعَتَي الطوافِ، وٱختلف أصحابُنَا فيه:

منهم مَنْ وافَقَهُ، وقال: الأَجِيرُ إذا حَجَّ عن الغير، ورَكَعَ ركعتَي الطوافِ ـ: يقعُ عن المستأجِرِ؛ لأنَّها تَبَعٌ للطَّوافِ؛ فَجَرَتَ النيابَةُ فيها تبعاً للأَصْلِ؟ بخلاف سائرِ الصلواتِ.

ومنهم مَنْ قال: تَقَعُ الصلاة عَنِ الأَجِيرِ؛ لأنَّ النيابَةَ لاَ تَجْرِي فيها؛ كما لو ارتكبَ الأجيرُ شيئاً مِنْ مَحْظُورَاتِ الحجِّ ـ: لَزِمَهُ الدَّمُ والصَّومُ، ولا يقال: يَقَعُ ذلك عن المستأجِرِ.

وٱختلَفَ القَوْلُ في جوازِ الصَّوْمِ عن المَيِّتِ، وفي حَجِّ التطوُّع عنه إذا أوصَىٰ، ولا يعتقُ عنه تطوُّعاً؛ وتجوزُ عن كفارتِهِ في الجُمْلَةِ.

(٢/ ٩٧١): كتاب المناسك: باب الحج عن الحي إذا لم يستطع، حديث (٢٩٠٩)، ومالك (١/ ٣٥٩): كتاب الحج: باب الحج عمن يحج عنه، حديث (٩٧)، وأحمد (١/ ٢١٢). والدارمي (٢/ ٤٠) كتاب الحج: باب في الحج عن الميت وابن الجارود (٤٩٧) وأحمد (١/ ٢١٢، ٢١٩، ٢٥١، ٣٢٩) والطيالسي (٢٦٦٣) والحميدي (١/ ٢٣٥) رقم (٥٠٧) والبيهقي (٤/ ٣٢٨) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ١٥ ـ بتحقيقنا) من حديث ابن عباس.

كتابُ: الوَدِيعَةِ[1]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيم

قَالَ الله تَعَالَىٰ ﴿إِنَّ الله يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ٱلأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

الوديعةُ: اْسْمٌ لِعَيْنٍ مالٍ يَضَعُهَا مالِكُهَا عند آخر؛ ليحفظها له.

والمستَحَبُّ لمن أُودِعَ منه وديعة، وهو يقدر على حِفْظِهَا وأداءِ الأمانةِ فيها: أن يقبلها، لقول النبيِّ ﷺ: «اللَّهُ في عَوْنِ العَبْدِ مَا دَامَ العَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[2].

---

(١) الوديعة لغة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الوَدْع، وهو: التَّرك.
قال ابن القطاع: ودعت الشيء وَدْعاً: تركته.
وابن السِّكِّيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «يدع» وقد ثبت في «صحيح مسلم»: «لينتهين أقوام عن وَدْعهم الجُمُعات»، وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ. «اتركوا التُّرْكَ ما تركوكم، ودعوا الحَبَشَة ما ودعوكم، فكأنها سميت وديعة، أي: متروكة عند المودع، وأودعتك الشيء: جعلته عندك وَدِيعةً، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.
انظر: الصحاح: ١٢٩٦/٣، المغرب: ٤٧٩، المطلع: ٢٧٩ واصطلاحاً:
عرفها الحنفيّة بأنها توكيل لحفظ مال غيره تبرُّعاً بغير تصرُّف.
عرفها الشَّافعيّة بأنها: العقد المقتضي للاستحفاظ، أو العين المستحقة به حقيقة فيها، وبتعريف آخر: توكيل من حفظ مملوك، أو محترم مختصّ على وجه مخصوص.
عَرَّفَها المالكيّة بأنَّها: مَالٌ وكّل على مُجَرَّدِ حفظه.
عَرَّفها الحنَابلة بأنَّها: اسْمٌ للمال المُودَعِ المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.
انظر: الانصاف: ٣١٦/٦، الشرقاوي على التحرير: ٩٦/٢، مغني المحتاج: ٧٩/٣، حاشية الدسوقي: ٤١٩/٣، كشاف القناع: ١٦٦/٤، مجمع الأنهر: ٣٣٧/٢، الفواكه الدواني: ٢٣٧/٢.
والأصل فيها قوله تعالى: ﴿إِنَّ الله يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِها﴾ [النساء: ٥٨] وخبر «أَدِّ الأَمانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»، ولأن بالناس حاجة بل ضرورة إليها.

(٢) أخرجه مسلم ١٩٩٦/٤ كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم (٥٨ ـ ٢٥٨٠).

وما كان عاجزًا عن حفظها، أو لا يأمن مِنْ أن يَخُونَ فيها: لا يجوزُ أن يَقْبَلَهَا، وانعقادها يكون بالقَبُولِ، والقبول بالفعل؛ كالوكالة، فيقول المُودِعُ: أودعتُك هذا، فيأخذه المُودَعُ.

وقيل: يشترطُ أن يقول بلسانِهِ: «قَبِلْتُ» كما قالوا في الوكالةِ؛ فلو لم يأخذْهَا المُودَعُ بيده، فوضَعَهَا المالكُ بَيْنَ يدَيْهِ ـ نُظر: إن لم يَقلِ المودع شيئًا: لم يكن إيداعًا، حتى لو ذَهَبَ، فترك، لا ضمان عليه، وإنْ قال المُودَعُ: قَبِلْتُ، أوضَعْ فوضعها بَيْنَ يديه ـ: كان إيداعًا؛ كما لو أَخَذَهَا بيده، فَوَضَعَهَا بَيْنَ يدَيْهِ، فلو قام المُودَعُ، فذهب وتركها ـ نُظِرَ:

إن كَانَ صَاحِبُهَا حاضرًا صار رَادًّا لها، ولا ضمانَ عليه، وإنْ تَرَكَهَا بعدما غاب صاحِبُهَا ـ ضمنها.

ولا يصحُّ الإيداعُ إلاَّ من جائز التصرُّف في المالِ، فلو أودعَهُ صبيٌّ أَوْ سفِيهٌ لا يجوز أَنْ يقبل، فإنْ أخذها ـ كان ضامنًا وإنْ خاف أَنَّهُ إنْ لم يأخذْهُ منه، استهلكه، فأخذه ـ: هل يضمن؟ فعلَىٰ وجهين؛ بناءً على المحرم بمكَّة: إذا أخذ صَيْداً مِنْ جارحةٍ ليتعهَّدها ـ، هل يضمن؟ فيه وجهان.

ولا يصحُّ الإيداعُ إلاَّ عندَ جائز التصرُّف، فلو أودَعَ صبيًا أو سفيهًا: لم يصحَّ الإيداعُ؛ لأنَّ القصْد من الإيداع الحِفْظُ، وهما ليسا من أهْلِ الحِفْظ، فلو أودعَ واحدًا منهما، فتلف عنده ـ: لم يضمَنْ؛ لأنَّه لا يلزمه حفظُهُ، فإن أتلفه: هَلْ يضمن؟ فيه قولان:

أحدهما: يضمن؛ كما لو دخل دَارَ إنسانٍ، فأتلف مالَهُ: يضمن.

والثاني: لا يضمنُ؛ لأنَّ المالكَ مكَّنه من إتلافِهِ بدفْعِهِ إلَيْه؛ كما لو بَاعَ من صبيٍّ أو سفيهٍ شيئًا، وسلَّمه إليه، فأتلفه ـ: لا ضمانَ عَلَيْهِ، وكذلك: لو أودع من عبدٍ شيئًا، فتلف عنده: ـ لا ضمان عليه، وإن أتلفه: يَجبُ الضمانُ، ويتعلَّق برقبته أَمْ بذمَّته؟ فعلى قولين:

أحدهما: يتعلَّق برقبته؛ كما لو دَخَلَ دارَ إنسانٍ، فأتلف ماله.

والثاني: يتعلَّق بذمَّته؛ كما لو اشترَىٰ شيئًا، فهلك في يده: يتعلَّق الضمانُ بذمَّته، وبه قال أبو حنيفة. وبعضُنَا استنبطوا مِنْ هذا أَنَّ الإيداعَ هَلْ هو عَقْدٌ أم لا؟

وفيه جوابان:

إن جعلناه عَقْدًا ـ فلا يضمن الصبيُّ، ويتعلَّق بذمَّة العبد، وإن لم نجعله عقدًا ـ، يضمنه الصبيُّ، ويتعلق برقبة العبدِ، ويخرج منه أنَّ دابَّة الوديعَةِ، إذا ولدَتْ: هل يكون الولد وديعةً، حتى يَجوزَ لَهُ إمساكُهُ؟ فيه وجهان:

إنْ جعلناه عقدًا ـ فهو وديعةٌ كالأمِّ، وإن لم نَجْعَلْهُ عقدًا ـ : فليس بوديعةٍ، وهو كثوْبٍ

ألقته الريحُ في دارٍ: ـ يكونُ أمانةً عَلَيْهِ رَدُّهُ، إن تمكَّن من الردِّ، فإنْ لم يَرُدَّ ضمن، فإن لم يتمكَّن من الردِّ، فتلف عنده: ـ لم يضمن.

وإنْ جعلْنَاهُ عقدًا ـ: فهو مِنَ العُقُود الجائزَةِ؛ كالوكالة، فلكلٍّ واحدٍ منهما الخروجُ متى شاء؛ فمتَىٰ أراد المُودِعُ أخذها: لم يكن للمودَع مَنْعُهَا، ومتَىٰ أراد المُودَعُ الرَّدَّ: ـ لم يَكُنْ للمُودِعِ الامْتِنَاعُ من قبولها.

وتنفسخ بالعَزْلِ والجنونِ والإغماءِ، والموت؛ كالوَكَالَةِ؛ لأَنَّهُ وكالة في الحِفْظِ؛ كالوكالة في ٱلبَيْعِ والشراءِ.

والوديعةُ أَمَانَةٌ في يدِ المُودَعِ يَجِبُ أن يحفظَها، حَيْثُ يكونُ حِرْزًا لمثلها، فلو تعدَّىٰ فيها: فإن استعمَلَها، أو رَفَعَهَا مِنْ مكانها بنيَّة الاستعمال، وإنْ لم يستعملْ أو وضعها حيث لا تكونُ حِرْزًا لمثلِهَا: ـ صار ضامنًا، يجبُ عَلَيْهِ قيمتُهَا، إذا تَلِفَتْ في يده، وإذا بقيَتْ في يدِهِ مُدَّة بعد التعدِّي: ـ يجب عليه أَجْرُ مثل تِلْكَ المدة.

ولو نوى ٱستعمالَهَا، ولم يأخذْهَا من مكانِهَا، أو كانَتْ في صندوقٍ غيرِ مقفلٍ، فرفع رأسَ الصندوقِ بهذه النيَّة، ولم يأخُذْ ما فيه، أو نوَىٰ ألاَّ يَرُدَّ، إذا طُولِبَ: ـ لا يضمن بالنيَّة؛ على الأصح.

وقال ابن سُرَيْج: يضمن؛ كما لو أخذ في الأبتِدَاءِ بهذه النيَّة، أو أخذ اللُّقَطَةَ بنيَّة ٱلاختزال: يَضمنَ.

والأوَّل أصحُّ، لأنَّهُ لم يحدث مع نيَّة التعدِّي فعلاً؛ بخلافِ ما لو أخذ بهذه النيَّة؛ لأنَّهُ أحدث هناك فِعْلَ الأَخذِ، مع نيَّة التعدِّي؛ وكذلك في اللُّقَطَة.

ولو دفع المُودَعُ الوديعَةَ إِلَىٰ غَيْرِهِ؛ ليحفَظَهَا، من غير ضرورةٍ: ـ صار ضامنًا؛ لأنَّ المالك لم يَرْضَ بأمانة غيره.

وكذلك: لو دفعها إلى عبده، أو خازِنِهِ، أو ٱمرأتِهِ؛ لتحفظها: ـ يضمن، على الأصح.

وعند أبي حنيفة: إن دفعَهَا إِلَىٰ مَنْ يعوله مِنْ عَبدٍ أو ولدٍ أو زوجةٍ: ـ لم يضمن.

أما إذا استعان بغيره، في حملها ونقلها إلى الحِرْزِ: لا يضمن؛ كما لو أودعَهُ دابَّة، فٱستعان بغيرِهِ، في سَقْيِهَا وعَلَفِهَا: ـ لم يضمن؛ لأنَّ العادة قد جرَتْ بٱلإستعانةِ في مثله.

وَلَو سافر بالوديعة ـ نظر:

إن كان المالكُ أودعَهُ في السَّفَر، أو أودَعَ عند واحدٍ من أهلِ النجعةِ[1]، فٱنتجع

---

(١) النجعة: طلب الكلإ ومساقط الغيث، وهو أيضاً: قصد ذي المعروف لمعروفه، ويقال: هذه ليست بدار نجعة: غير صالحة للتحول إليها. ينظر المعجم الوسيط (٢/ ٩١٠).

بها ـ: لم يضمن؛ ـ لأنَّ المالك قد رَضِيَ به حَيْثُ أودع، وإنْ أودع عند مقيم ـ: لا يَجُوزُ أَنْ يسافر بها من غير ضرورةٍ، فإن فعل ضمن؛ لأنه يعرض الوديعةَ للهلاك.

وعند أبي حنيفة لا يضمنُ، فإنْ عرض له سَفَرٌ؛ ردَّ الوديعة.

فإنْ دفعها إلى الحاكِم أو إلَىٰ أمين ـ نظر:

إن كان المالكُ أو وكيلُهُ حاضرًا، ضَمِنَ سَواءٌ أراد سَفَرًا أو لم يردّ.

ولو دَفَعَ إلَىٰ الوَكِيلِ مع حُضُورِ المالك ـ: جازَ، سواءٌ كان الوكيلُ فيه خاصًا أو عامًّا في أمورِهِ، ولو لم يَظْفَرْ بالمالكِ، ولا بوكيلِهِ، بأنْ كان غائبًا أو محبوسًا، لا يصل إليه ـ نظر:

إنْ كان لا يريدُ سَفَرًا، فرفع إلى أمينٍ أو إلَىٰ الحَاكِمِ ـ: ضمن؛ لأنَّه تولَّىٰ حفظَهَا، ولا ضرورَةَ به إلَى الدفع إلى غيره.

وقيل: إنْ دَفَعَ إلى الحاكِمِ ـ: لا يضمن، وعلى الحاكِمِ القَبُول، إنْ دفع إليه؛ لأنَّهُ المنصوبُ لحفْظِ أموالِ النَّاسِ.

وإنْ كان يُرِيدُ سَفَرًا: فإنْ وضعها عِنْدَ الحَاكِمِ: ـ لَمْ يضمَنْ، وعلى الحاكِمِ قَبُولَها، إذا دفع إليه، وإنْ وضعها عند أمينٍ ـ نظر:

إنْ كان ثَمَّ حاكمٌ ـ يضمن؛ لأنَّ الحكام هو المَنْصُوبُ لحِفْظِ الأماناتِ.

وقال أبو إسحاق: لا يضمنُ؛ لأنه أمينٌ؛ كالحاكم.

والأوَّلُ أصحُّ؛ بخلاف الحاكم؛ لأنَّهُ نائبٌ عن الغائِبِ؛ فهو بمنزلةِ وكيلِ الغائبِ.

ولو كَانَ الوكيلُ حاضرًا، فأودَعَهَا أمينًا ـ: ضمن، كذا ههنا، وإن لم يكن ثَمَّ حَاكِمٌ، فأودعها أمينًا ـ: لم يضمَنْ ولو لم يجدْ في البلدِ أمينًا ـ: يضعها عنده، فَسَافَرَ بها ـ: لم يضمنْ، علَىٰ ظاهر المذهبِ، وكذلكَ: لو وقعَتْ ضرورةٌ بأن انجلَىٰ أهْلُ البلدِ، فأخرج الوديعة معهم، أو وَقَعَ في البلدِ حَرِيقٌ، أو نهب، أو غَارَةٌ، فسافر بها ـ: لم يضمن؛ لأنَّهُ يجبُ عليه إخراجُهَا، ولو أراد سَفَرًا، فدفنها في حِرْزٍ[1] ـ نُظِر:

إن لم يعلَم به أحدٌ أو أعْلَمَ فاسقًا ـ: ضمن، وإن أعلَمَ أمينًا، حيث جوَّزنا له الإيداعَ مِنَ الأمين ـ نظر:

إنْ كان ذلكَ الأمينُ لا يساكنُهُ في البيتِ الذي فيه الوديعَةُ ـ: ضمن؛ لأنه لم يودعْهُ،

---

(١) الحِرْزُ: هو من أحرز الشيء. إذا احتاط في حفظه وهو: الموضع الحصين. يقال: هذا حرز حريز، ويسمى التعويذ حرزاً، لأنّه يحرز صاحبه، أي يحفظه ويحصنه ممّا يَحْذر.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٤).

بل أعلَمَهُ، وإنْ كان يساكنَه: لا يضمَنُ؛ لأن يد الأمينِ ثابتةٌ علَىٰ ما في البيتِ؛ فهو كما لو أودعه.

ولو دفن الوديعة في غَيْرِ حرزٍ ـ: ضمن، ولو دفنها في حِرْزٍ، فنسي مكانَهَا ـ: ضمن.

ولو نقل الوديعةَ عَنْ مكانها إلَىٰ مكانٍ آخَرَ ـ لا يخلو: إمَّا أن نقل من قريةٍ إلَىٰ قريةٍ أُخرَىٰ، أو من بيتٍ إلى بيتٍ آخَرَ: فإن نقل من قرية إلَىٰ أُخرىٰ ـ نُظِرَ:

إن نقل من قريةٍ أهله إلَىٰ قريةِ غيرِ أهلِهِ، أو نقلها إلى قريةِ أهلِهِ، لكن الطريق بينهما مخوفٌ، أو غيرُ أهلٍ، أو كان آهلاً، ولكنْ بينهما مسافةُ القصرِ ـ: يضمنُ، وإن كان بينهما أَقَلُّ من مسافة القَصْر ـ: فيه وجهان:

أحدهما: لا يضمنُ، كما لو نقل من دارٍ إلَىٰ دارٍ من بلدٍ واحدٍ.

والثاني: يضمنُ، إلاَّ أن تتَّصِلَ العمارَةُ بَيْنَ القريتَيْنِ.

هذا إذا كانَتِ القريةُ الثانيَةُ أحرز من الأُولَىٰ أو مثلها، فإنْ كان دونَهَا في الحرزِ ـ: ضمن بكلِّ حال.

وكذلك: لو نقل من محلَّة إلى محلَّة دون الأولَىٰ في الحرزِ ـ: ضمن.

أمَّا إذا نقل من بيتٍ إلى بيتٍ آخر في دارٍ واحدةٍ أو خانٍ واحدٍ ـ نُظِرَ:

إن كان الثاني حِرْزًا لمثله، وإن كان دُونَ الأوَّلِ ـ : لم يضمَنْ؛ بخلاف ما لو نقل من قريةٍ إلَىٰ أخرَىٰ، وهي دون الأوْلَىٰ في الحِرْزِ ـ: ضمن؛ لأنَّ النقل من القريةِ لا يَخْلُو عن خَوْفٍ.

هذا إذا أطْلَقَ الإيداعَ، أما إذا أودَعَهُ، وقال: أحْفَظْهَا في هذا البيتِ، فنقلها إلَىٰ بيتٍ دونه في الحرزِ، وإن كان حِرْزًا لمثلِهِ: ـ ضمن، وإن نقلها إلَىٰ بيتٍ أحرَزَ منه أو مِثْلِهِ: لم يضمنْ، إلا أن يأتي التَّلَفُ مِنْ ناحية المخالفة، بأن أنهدَمَ عليه البيْتُ الثاني، أو سرق منه؛ فيضمن.

ولو قال: أحفظها في هذا البيتِ، ولا تخرجْها منه، فإن نقلها إلى بيتٍ آخَرَ لغير ضرورةٍ ـ: ضمن، وإن كان الثاني مثلَ الأوَّل، أو أحرز منه، وإن نقلها لضرورةٍ مِنْ وقوعِ حريقٍ أو نهبٍ ـ: لم يضمنْ، إذا نقلها إلى حِرْزٍ، وإن كان دون الأولِ، إذا لم يَجْرِ أحرز منه، لأنه لو تركها فيه ـ: ضمن.

فلو أختلفا، فقال المالكُ: نقلتَهَا لغير ضرورةٍ، وقال المُودَعُ: بل لضرورةٍ ـ: فالقول قول المُودَعِ مع يمينِهِ، إذا عرف ذلك بتلْكَ البلدةِ، وأحتَمَل ما يدَّعيه.

ولو قال: احفظها في هذا البيت، ولا تنقلْهَا، وإن حدث النهْبُ والحريقُ وخَوْفُ الهلاكِ، فإنْ لم يخرجْهَا حتى هلكَتْ -: لم يضمنْ؛ لأن المالك رَضِيَ به؛ كما لو قال: أتلفْ مالي، ففعل -: لم يضمن، وإن نقلها لغير ضرورة -: ضمن، وإن نقلها لضرورةٍ -: فوجهان:

أحدهما: ضمن؛ للمخالفة، والثاني -: لا يضمن، وهو الأصحُّ؛ لأنه قَصدَ الإصلاح.

ولو نقلها من خريطةٍ إلى أخرىٰ، أو من صندوقٍ إلى آخَرَ، فكانَتِ الخريطةُ أو الصندوقُ للأمِينِ -: فهو كالبيتِ؛ لا يضمن، إذا كان الثاني مما يجوزُ حفْظُ مثله فيه، وإنْ كان دونَ الأوَّل، أما إذا كانَتِ الوديعةُ في صندوقٍ وخريطَةٍ للمودِعِ، أو استعار من المُودَعِ أو غيرِهِ، فأودع فيه - نظر:

إن لم يكنِ الصندوقُ مقفلاً، ولا الخريطةُ مختومةً، فنقلها - نظر:

إن نقلها إلى صندوقٍ أو خريطةٍ أحرزَ من الأولَىٰ أو مثلِهِ -: لم يضمن، وإن كان دونه، ضَمِنَ، وإن كان حرزًا لمثلَه؛ كالبيت.

وقيل: يضمن بكلِّ حالٍ، لأنه ليس له تفتيشُ الوديعةِ وتمييزُ بعضها عن بعضٍ.

والأوَّل أصحُّ، لأنه أودَعَهُ شيئًا وخريطةٍ. فحفظ أحدهما في حرز والآخر في حرزٍ آخَرَ، كما لو أودع خريطتين، فحفظ أحدهما في بيتٍ والأخرى في بيتٍ آخر -: لا يضمن، فأما إذا كان الصندوقُ مقفلاً أو الخريطةُ مختومةً، ففتح القُفْل أو فض الخَتْم، ونقل ما فيه -: ضمن بكلِّ حال، وإن فتح القفل، وفَضّ الختم، ولم ينقل ما فيه -: هل يضمن؟ وجهان.

أصحهما: يضمنُ؛ لأنه هتك الحرز.

والثاني: لا يضمن؛ لأنه لم ينقلها.

فإنْ قلنا: يضمنُ ما فيه بفضِّ الخَتْمِ والقفلِ -: هل يضمنُ الصندوقَ والخريطةَ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يضمن؛ كما يضمنُ ما فيه.

والثاني: لا يضمن؛ لأنه لم يقصدْهُ، إنَّما قصد ما فيه.

أما إذا كان رأسُ الخريطة[1] مسدوداً بخيطٍ أو أودع الثياب معكومة[2] بحبلٍ فحلَّهُ -: لا

(١) الخريطة: وعاء من جلد أو نحوه يشد على ما فيه.
ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٢٢٧).

(٢) معكومة: المتاع شده بالعكام. وبسط ثوباً وجعله فيه ثم ضمه عليه. ينظر القاموس المحيط (٢/ ٦١٩).

يضمن؛ لأنه ليس القَصْدُ بهذا الشرِّ أن يكون مكتومًا عنه، إنَّما القصدُ منه ألاَّ ينتشر.

ولو أودع في كيسٍ مختوم، فخرق الكيس ـ نظر:

إن خرَق فَوْقَ موضوعِ الخَتْمِ ـ: لم يضمن إلاَّ نقصانَ الخَرْقِ، وإن خرق دونه: هل يضمن ما فيه؟ فعلى وجهين؛ كفض الختم.

ولو أودَعَهُ شيئًا مدفونًا، فنبشه ـ: فهو كفض الختم.

ولو قال: احفَظ ـ الوديعةَ في هذا البيتِ، ولا تُدخِلْ فيه أحدًا، فأدخل، أو لا تستعينْ على حفظِهِ بالحُرَّاسِ ففعل ـ نُظِرَ.

إن جاء التلف مِنْ ناحيةِ المُخالَفَةِ بانهدامِ البيتِ، أو وقوعِ حريقٍ أو نحوِهِ ـ: لا يضمن.

ولو أودعَهُ شيئًا في صندوقٍ، وقال: لا ترقُدْ عليه، فرقد عليه ـ نُظِرَ:

إنْ جاءَ التلَفُ مِنْ ناحيةِ المُخالفةِ؛ بأنِ انكَسَرَ رأسُ الصندوقِ، فهلكَتِ الوديعةُ، أو كان في صَحْرَاءِ، فرقد عليه فخلَّى جوانبه، فسرق ـ: ضمن، وإنْ جاء التلفُ لا من ناحية المخالفة ـ: لا يضمن.

وعند مالك: يضمنُ؛ لأنَّ فيه إغراءَ اللصوصِ عَلَيْه.

قلنا: ليس فيه إلاَّ زيادةُ الاحتِيَاطِ في الحِفْظِ؛ كما لو قال: لا تقفلْ عليه، فأقفل، أو قال: لا تقفلْ قفلَيْن، فأقفل قفلَيْن ـ: لا يضمن.

ولو أودَعَهُ دراهمَ أو شيئًا في طريقٍ أو سُوقٍ مطلقًا، ولم يقلْ: أمسكها في يدك، أو اربطها في كُمِّكَ، فربطها في كُمِّه، وأمسكها بيده ـ: فقد أحرزها؛ فإن تلفتْ ـ: لا ضمان عليه، وإن أمسَكَهَا في يدِهِ، ولم يربطْهَا في كُمِّه، فتلفت ـ نُظِرَ:

إن كان التلفُ بانتزاعِ غاصبٍ من يده ـ: لم يضمن؛ لأنَّ الكفَّ أحرز في مثلِ هذه الحالةِ، وإنْ غفلَ أو نام، فسقط مِنْهُ ـ: ضمن؛ لأنَّ الربطَ أَحْرَزَ في هذه الحالة.

ولو وضعَهُ في كُمِّهِ، ولم يربطْهُ فسقط، نُظِرَ:

إنْ كان خفيفًا، إذا سقط لا يعلم ـ: ضمنه؛ لأنَّهُ مفرطٌ في حفظه.

وإن كان ثقيلاً إذا سقط وعلم به ـ: لم يضمن.

ولو وضعَهُ في جيْبه: فإن كانَ مَزْرُورًا أو ضَيِّقًا ـ: لم يضمن.

وإن كان واسعًا غيره مزرورٍ ـ: ضمن؛ لأنَّهُ تناله اليَدُ، ولو وضعه في رأسِ منديله، ولم يشدّهُ ـ: ضمنَ.

ولو قال له: ٱربطْهَا في كُمِّكَ، فربطها في كُمِّهِ، ولم يمسكْهَا بيدِهِ ـ: لا يضمن، وإن أمسك بيده ـ: فقد زاد حفظًا، ولو لم يربطْهَا، وأمسكها بيده ـ نُظِرَ:

إن غفل أو نامَ، فسقطَ ـ: ضمن؛ لأنَّ التلف جاء من ناحية المخالفة؛ فإنَّ الربط في الكُمِّ أحرز من الأخْذِ بالكفِّ في هذه الحالة.

وإنْ أخذها ظالمٌ كرهًا ـ: لم يضمن؛ لأنَّ الأَخْذ من الكُمِّ أسْهَلُ.

ولو قال ٱرْبِطْهَا في كُمِّك داخلاً، فربطها خارجًا ـ نُظِرَ:

إنْ طَرَّهُ الطَّرَّارُ، ضمنَ، وإن انحلَّتِ العقدةُ فتناثَرَتْ ـ: لم يضمن، إذا كان قد بالَغَ في الشدِّ، وعَلَىٰ عكسِهِ: لو قال ٱرْبِطْهَا خارجًا، فربطها داخلاً إن انحلَّتِ العقدةُ ـ: ضمن، وإن أخذها الطَّرَّار[1] ـ: لم يضمنْ، وكذلِكَ: لو قال: ٱرْبطْهَا في كُمِّك مطلقًا فرَبَطَ داخلاً أو خارجًا عَلَىٰ هذا التفصيلِ، ولو قال: أمسكها في كُمِّك، فأمسك في جيبِهِ ـ: لم يضمن؛ لأنَّ الجيب أحرز.

ولو قال أمسِكْ في جيبك، فوضع في كُمِّه ـ: ضمن.

ولو أودعَهُ شيئًا في البيتِ، وقال: ٱحفظها في البيت، فشدَّهُ في ثوبِهِ، وخرج ـ: ضمن؛ لأنَّ البيتَ أحرَزُ.

ولو دفعها إلَيْهِ في السوق، وقال: ٱحفَظْهَا في البيتِ، فإن قام في الحالِ، ومضَىٰ إلى البيتِ، فأحرزها ـ: لم يضمنْ، وإنْ لم يقمْ، وتوانى ـ ضمن.

ولو أودَعَهُ خاتمًا، فتختَّم به قالت الحنفيَّة: إنْ تختَّم به في بنصره ـ: لم يضمن وإنْ جعله في خنصره؛ لأنه مستعملٌ، وكان القاضي الإمامُ ـ رحمه الله ـ يقولُ: هذا محتملٌ، ويحتملُ ألاَّ يضمن؛ لأنَّهُ في الخنصر أحفظُ إلاَّ أن ينوي الاستعمالَ: فيضمن.

ولو أمره أن يجعَلَهُ في البنصر، فجعله في الخنصرِ ـ: يضمن؛ لأنَّ ما يثبت في أسفلِ البنصرِ: يكون وَاسِعًا في الخنصرِ؛ فيكون إلى السقوط أسرَعَ، فإنْ كان لا يصلُ إلى أسفلِ البنصرِ، فنقله إلَىٰ أسفلِ الخنصرِ، ليكون أحرز ـ: لا يضمن، ولو قال: ٱجْعله في الخنصرِ، فجعله في أسفَلِ البنصرِ ـ: لم يضمن؛ لأنَّ البنصر أغلظُ؛ فيكون أحرز، فإن لم يصلْ إلى

---

(١) الطَّرَّارُ: النَّشَّال يشق ثوب الرجل ويَسُلُّ ما فيه.
ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٥٦٠).

أسفلِ البنصرِ، فأمسكه في الأنملَةِ العُلْيَا من البنصرِ ـ: ضمن، لأن الأصل الخنصَرُ أحفظ له.

ولو قالَ: ٱجْعلْهُ في الخنصرِ، فلبسه في البنصرِ، فانكسر لغلظِ الإصبعِ ـ: ضمن.

ولو أودعه دراهمَ، فخلطها بمثلِهَا مِنْ ماله ـ: ضمن، لأنَّ المالكَ لم يرضَ بالخلطِ، وكذلك: لو خلطها بمالٍ آخر للمودِعِ أو أودَعَهُ مالين في كيسَيْنِ، فخلطهما ـ: ضمن.

ولو أودَعَهُ دراهِمَ في كِيسٍ، فأخذ منها درهمًا لينفقه ـ: يضْمنُ ذلك الدرهمَ، ولا يضمن الباقيَ إلاَّ أن يكون الكيسُ مختومًا؛ فيضمن الكلَّ بفضِّ الختمِ، على الأصحِّ، وإذا لم يكنْ مختومًا، فأخذ الدرهم، وأنفقه، ثم رَدَّ إليه مثله ـ: لا يبرأ عن الضمان، ما لم يرفع إلى المالكِ، وهو باقٍ على ملكِهِ، ثم إنْ كانَ ذلك الدرهَمُ لا يتميَّزَ عن الباقي ـ. صَارَ الكلُّ مضمونًا عليه؛ لأنَّهُ خلط الوديعة بمالِ نفسِهِ، وإن كان يتميَّز ـ: لا يصيرُ الباقي مضمونًا عليه، وإن رَدَّ إليه غير الدرهم الذي أَخَذَهُ ـ: لا يبرأ عن ضمان ذلكَ الدرهمِ، وهل يضمن الباقِيَ، إن كان ذلك الدرهمُ لا يتميَّز عن الباقي؟ فيه وجهان:

أحدهما: يضمنُ؛ لأنَّهُ خلط الأمانَةَ بالمضمونِ.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: لا يضمنُ إلاَّ حصتَهُ حتى لو كانَتِ الجملةُ عشرة، فتلفَ منها درهمٌ ـ: ضمن عشرة دراهم.

ولو تلف الكلُّ ـ: ضمن درهمًا؛ لأنَّ المالك رضيَ فيه بالخَلْطِ، بخلافِ ما لَوْ أودع في كيسَيْنِ، فخلطهما ـ: ضمنَ الكُلَّ؛ لأنَّ المالك لم يَرْضَ فيه بالخلط.

ولو أودعَهُ عَبْدًا أو دابَّةً؛ فجنى عليها المُودَعُ عمدًا ـ دخَلَ الكلُّ في ضمانِهِ، وإن جنى خطًأ ـ: ضمن قَدْرَ الجنايةِ، وهل يصيرُ الباقي مضمونًا عليه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا؛ لأنه لم يتعدَّ في الباقي.

ولو أودَعَهُ دابَّةً، وأمره بسقيها وعَلَفَها أو أَطْلَقَ الإيدَاعَ، ولم يأمُرْ بالسقي والعلف ـ: لا يجوزُ لَهُ تضييعها، ويجبُ سقيها وعلفها؛ فإنْ لم يفعلِ حتَّىٰ ماتت جوعًا أو عطشًا ـ يجبُ عليه الضمانُ، إن مضت مُدَّة يموتُ مثلها في تلك المدَّة من الجوعِ والعَطَشِ، ويختلفُ ذلك بٱختِلاف الدَّوابِّ.

قُلْتُ: ولو مَضَىٰ هذا القدر، ولم يَمُتْ ـ: دخل في ضمانِهِ، ولو دَخَلَهَا نقص ـ: ضمن النقصَ، وإن ماتَتْ بعد زمان، لا يموتُ مثلها فيه من الجُوعِ والعطَشِ ـ نُظِرَ:

إن لم يكن بها جوعٌ وعطشٌ سابقٌ ـ: لم يضمنْ، وإنْ كان بها جُوعٌ أو عَطَشٌ سابقٌ ـ نُظِرَ: إن كان المودع عالماً به ضمنهـا وإن كان جاهلاً فوجهان:

أحدهما: يضمنُ؛ كما لو كان عالمًا.

والثاني: لا يضمَنُ؛ لأنه لم يَكُنْ مأمورًا بعلفها قبل مضيِّ زمانه.

وإذا علفها المُودَعُ ـ نُظِرَ:

إن أمره المالكُ بعلفها ـ: رَجَعَ عليه، وإنْ لم يأمُرْهُ، بَلْ أطلق الإيدَاعَ ـ نظر.

إن أنفق مِنْ مالِ نَفْسِهِ، أو اَستَدَانَ بنفسِهِ دُونَ إذْنِ الحاكِمِ ـ: فهو متبرِّع، لا يرجع، إنْ كان هناك حاكمٌ، وإن لم يكنْ حاكمٌ، فإن أشهَدَ ـ: رَجَعَ؛ وإلاَّ فلا يرجع، وإن أنفق بأمر الحاكِمِ ـ نُظِرَ:

إن أمره ليستقرض، فينفق رجع، وإن أمره لينفقَ مِنْ مالِ نفسِهِ، ففعل ـ: هل يرجعُ؟ فيه وجهان.

ولو أودَعَهُ، ونَهَاهُ عن سقيهَا وعَلَفِهَا ـ: فلا يجوزُ له أن يُضَيِّعها بقوله، فلو لم يَسْقِهَا ولم يعلفها، حتى ماتَتْ جوعًا أو عطشاً ـ: أثم هُوَ والمالِكُ جميعًا، ولكنه لا ضمانَ عليه؛ كما لو قال: اَقْتُلْ دابَّتِي، فقتلها ـ: لا ضمان عليه، أما إذا كان بها علَّة من قولَج أو تخمةٍ، فنهاه عن علفها، فعلف قبل زوال العِلَّة، فماتت ـ: ضمنها.

وإذا أخرج الدابَّةَ عن الدار للعَلَفِ، والسَّقْيِ، أو بعثه على يَدِ عَبدِهِ أو تلميذِهِ ـ نُظِرَ:

إن كان الَّذِي بعثَهُ علَىٰ يَده غير أمينٍ، أو كان في الطريق خَوْفٌ ـ: يُضمن، وإنْ كان أمينًا، ولا خَوْفَ فِي الطَّريقِ ـ نُظِرَ:

إن كانت دارُهُ ضَيِّقَةً ـ: لا يضمن؛ لأنَّهُ مضطرٌّ إلى الإخراجِ، وإن كانَتْ واسعةً بحيثُ يسقي دوابَّهُ في دارِهِ ـ: فعلى وجهين:

أحدهما ـ وهو المنصوص ـ: يضمنُ، لأنه أخرج الوديعةَ ـ مِنْ حرزها لغير ضرورةٍ.

والثاني ـ وهو قول أبي إسْحَاقَ ـ: لا يضمن، وإنْ كان لسقي دوابِّهِ في دارِهِ؛ لأنَّ العادة قد جَرَتْ بإخراجِ الدوابِّ عن المنزل للسَّقي، والنصُّ محمولٌ عَلَىٰ ما إذا كان الخارجُ غَيْرَ أمينٍ.

ولو ركبها في السقْيِ ـ: ضمن، إلاَّ أن تكونَ جموحًا لا تنقادُ إلاَّ بالركوبِ: فلا.

ولو أودعه ثَوْبًا مِنْ صُوفٍ ـ: عليه حِفْظُه من الدُّودِ ونفضه عند الحاجة؛ كما يفعل بماله، فلو لم يفعلْ حتى أفسده الدُّودُ ـ: ضمن، سواءٌ أمرَهُ المالكُ بالنفض أو لم يأمره،

ولو نهاه عَنِ النفضِ ـ: يكره له تركُهُ ليفسدَ، غير أَنَّهُ لو ترك ـ: لم يضمن، ولو نفض ـ: لم يضمن.

ولو كان الصُوفُ في صندوقٍ مقفلٍ، ففتح القُفْل لينفضَهُ ـ: هل يضمن؟ فيه وجهان: الأصحُّ: لا يضمن.

وإذا صارَتِ الوديعةُ مضمونَةً بالتعدِّي: فلا يبرأ بتَرْكِ التعدِّي وردِّها إلى مكانها.

وقال أبو حَنيفةَ يبرأ، ووافقنا فيما لو جَحَدُوا الوديعَةَ، وصار ضامنًا لَهَا بالجُحُودِ، ثم أقرَّ أنه لا يبرأ.

فنقول: وديعةٌ ضمنت بالتعدِّي، فلا يرتفع ضمانُهَا إلاَّ بٱستئمانٍ جديدٍ من المالكِ؛ كما لو جحد، ثمَّ أقرَّ، فلو ردَّهَا إلى المالكِ بعد التعدِّي، ثم أودعَهُ مرَّة أُخرَىٰ: لم يَكُنْ مضمونًا عليه؛ لأنَّ الضمان قَدْ زال بالرَّدِّ، ولو لم يردَّها، بل قال المالكُ: أودعتُـكَ أو ٱستأمنتُكَ أو أبرأتُكَ عن الضمانَ، أو أَذِنْتُ لك في حِفْظِهَا ـ: هل يبرأ عن الضمان؟ فيه وجهان:

أصحُهما: يبرأ؛ لأنَّ الضمانَ لَحِقَهُ فيسقُطُ بإسقاطِهِ؛ كما لو أخذها، ثم أودعَهَا منه ثانيًا.

والثَّاني: لا يبرأ؛ لأنَّ الوديعةَ لم تعد إلى المالِكِ؛ فلا مَعْنَىٰ لاستئمانٍ عَارٍ عن التسليم.

فَصْلٌ فيمن مات وعنده وديعة

كلُّ من حضره الموتُ، وعنده وديعةٌ ـ: فعلَيْهِ أن يوصي بها؛ فإن لَمْ يفعلْ حتى مات: ضمن، إلاَّ أن يختطفَ فجأةً، فلا يضمَنُ، وكذلك لو جَلَسَ ليقتل فلو لم يـوص بها ـ: ضمن، وإن أَوْصَىٰ إلى أمينٍ ـ: لم يضمن، وإنْ أمكن الردُّ إلى المالك؛ لأنه لا يدري متى يموتُ، ولو أوصَىٰ إلى غير أمين ـ: ضمن؛ كما لو لم يُوصِ، فإذا أوصَىٰ بها ـ: يجبُ أن يعين الوديعَةَ بالإشارة إليْهَا أو ببيانِ وَصْفَها، فإن لم يبين الجِنْسَ، بل قال: لفلانٍ عندي وديعةٌ ـ : ضَمِنَ، ولو عيَّن وأشار إليها، أو بيَّن جنسها ووَصَفْهَا: فإن وجدت بذلك الوصف ـ: ردت إلى المالِك، وإنْ لم توجَدْ تِلْكَ العين، أو وصف، ولم توجَدْ بذٰلِك الوصْفِ: فلا ضمان، وتُحمل على أنَّها تلفَتْ، ولو بيَّن الجِنْسَ، ولم يَصِفْ؛ بأن قال: عندي ثوبٌ لفلانٍ، فإن لم يوجد، في تركتِهِ إلاَّ ثوبٌ واحدٌ ـ: حمل عليه، ودفع إلى المالك، وإنْ وجد في تركتِهِ ثيابٌ ـ: فهو ضامن بترك التعيين، أو الوصف، كما لو خلط الوديعَةَ بِغَيْرِهَا، وإن لم يكن في تركته ثَوْبٌ ـ: ففيه وجهان.

أصحهما: يضمنُ، وصاحبُ الوديعةِ يضارِبُ الغرماء بالقيمةِ لأنه مفرِّطٌ بترك البيان.

وقال أبو إسحاق ـ: لا يضمنُ، إذا لم يَكُنْ من تركتِهِ مِنْ جنسه، ويُحْمَلُ عَلَىٰ أنه قد تَلِفَ؛ لأنَّ الوديعة ـ أمانة؛ فلا تضمن بالشَّكِّ، فحيث أوجبنا الضمان ـ: تكون مِنْ رأس المال.

وعند أبي حنيفة: تكونُ من الثلث.

وإذا مات رَجُلٌ، ووجد في تركتِهِ كيسٌ مَكْتُوبٌ عَلَيْهِ: وديعةُ فُلانٍ أو وُجِدَ في تركتِهِ: لفلانٍ عندي وديعةٌ، بَيَّنَ وصفها ـ: فلا يجب على الوارثِ تسليمُهَا إليه بهذا القدرِ، حتى تَقُومَ بيِّنة، أو يقر الوارث؛ لجوازِ أن تكون العلامَةُ بخطِّ غيره، ويجوز أن يكونَ قَدْ اشتراها بعد العَلامَةِ، فلم يمح العلامة.

وإذا مات عَنْ وديعةٍ ـ: لا يجوز لوارثه إمساكُهَا؛ لأنَّ المالك لم يَرْضَ بأمانته، فإن هلكَتْ في يد الوارثِ قبل أن يتمكَّن من الردِّ ـ: لم يضمن، وإن هلكَتْ بعد التمكُّن؛ على أصح الوجهين، وإنْ كان المالكُ غائبًا ـ: دَفَعَهَا إلى الحاكم؛ فإن أمره الحاكمُ بحفظِهَا ـ: فهو استحفاظٌ جديدٌ؛ وكذلك: لو مات المالكُ ـ: فعلى المودع الردُّ إِلَىٰ وارثِهِ، فإنْ هلكَتْ قبل التمكُّن من الردِّ ـ: لم يضمن، وبعد التمكُّنِ وجهانِ، فإن لم يظفَرْ بالوارثِ ـ: دفعها إلى الحاكِمِ، وإذا أودع الوديعَةَ عند غيرِهِ مِنْ غيرِ ضرورةٍ ـ: قد ذكرنا أَنَّهُ يضمَنُهَا، فإن هلكَتْ عند الثاني ـ: جاز لمالكها أن يضمَنَ أَيَّهما شاء؛ لأنَّ الأول، سلم ما لم يكن له تسليمُهُ والثاني أخذ ما لم يَكُنْ له أخذه، ثم إن كان الثاني عالمًا بالحال ـ: فقرار الضمان يكون عليه، فإن ضَمِنَهُ الأوَّل ـ: رجع عليه، وإنْ ضمنه الثاني ـ: لا يرجع على الأوَّل، وإن كان الثاني جهلاً ـ: فقرار الضمان على من يكون؟ فيه وجهان:

أحدهما: على الثاني؛ كما ذكرنا؛ لأن الهلاك كان في يده والثاني: يكونُ على الأوَّل؛ لأن الثاني أَخَذَ على الأمانة؛ فعلى هذا: إن ضمن الأول ـ: لم يرجعْ على الثاني، وإن ضمن الثاني ـ: رجع على الأوَّل، ولو أُخِذَتْ الوديعة مِنَ المُودَعِ كُرْهًا، أو سُرِقَ من خزانتِهِ ـ: لا ضمان عليه.

ولو أكره، حتى حمل بنَفْسِهِ ـ: فالضمان على الآخِرَ، وهلْ يكُونُ المُودَعُ طريقًا؟ فيه وجهان.

ولو أخبر بها السلطان، فأخذها منه كُرْهًا ـ: ضمن؛ لأنَّهُ متعدٍّ بالإخبار ولو أخبر اللصوصَ، فَسُرِقَ ـ: إن عين الموضِعَ ـ: ضمن؛ وإلاَّ فلا، ولو أَمَرَ المالكُ المُودَعَ بدَفْعِ الوديعةِ إلى إِنْسَانٍ معيَّنٍ، فدفع إليه ـ: لم يضمن. وإن هَلَكَ في يدِهِ قبل الدفع إليه ـ نظر:

إن لم يتمكَّن من الدفع إِلَيْهِ ـ: لم يضمَنْ، وإن تمكَّن، فلم يدفع ـ: فيه وجهانِ، وإذا

دفع إليه هَلْ يجبُ الإشهاد؟ فَيه وجهان.

أصحُهما: يجبُ حتَّى لو لم يشهدْ ـ: ضمن؛ كما لو أمره بقضاءِ دين ـ: يجب الإشهادُ.

والثَّاني: لا يجبُ؛ لأنَّهُ أمانةٌ، وقول المدفوعِ إليه مقبولٌ في التَّلفِ والردِّ؛ فلا يكونُ في الإشهاد فائدةٌ. بخلافِ الدَّيْنِ؛ فإنه مضمونٌ، وإنما ينكر الأخذ ـ: فلا تحصل البراءة إلاَّ بالإشهاد.

ولو طالبه المالكُ بردِّ الوديعة ـ: فعليه التخليَةُ بينهما وبَيْنَ المالك.

ومؤنَةُ الردِّ على المالِكِ، فلو أَخَّر من غير ضرورةٍ بعدما طَلَبَهُ ـ: ضمن، فإن كان مشغولاً بطهارةٍ أو صلاةٍ أو أكلٍ أو كان ملازمًا لغريمٍ يخافُ هربَهُ فأخَّر حتى يفرغ، أو كانَ باللَّيْلِ فأخَّر حتى يدخل النهارُ ـ: لم يضمن.

فَصْلٌ في ٱلِاخْتِلاَفِ

إذا ٱدَّعَى الموْدَعُ تَلَفَ الوديعةِ، أو ردَّها إلى المالِكِ، وأنكَرَ المالِكُ ـ: فالقولُ قولُ المودَعِ من يمينه؛ لأنه أمينٌ، ويدعي الرَّدَّ على من ٱئتمنَهُ؛ فلو مات المَودَعُ قَبْلَ أن يحلفَ ـ: حلف وارثه.

ولو وقع الٱختلافُ بعد تلفِ العَيْنِ؛ فقال المالكُ: طالبتُكَ بردِّها، فأخَّرتَ بلا عُذْرٍ، فقال: ما طالبتَنِي، أو قال: طالبتَني، فأَخَّرتَ بعُذْرٍ ـ: فالقولُ قولُ المُودَعِ مع يمينِهِ؛ لأنَّ الأَصْلَ بقاءُ أمانَتِهِ، والمدعي يَدَّعي زوالَهَا، فلو وقع الاختلافُ بعد موتِ المُودَعِ بين المالِكِ ووارثِهِ ـ: نُظِرَ:

إن قال الوارث: رَدَّ إليك مُوَرِّثِيُ، أو تلف في يدِهِ ـ: قُبِلَ قولُهُ، مع يمينِهِ، وإنْ قال الوارث: أَنَا رَدَدْتُهُ إليك، وأنكر المالكُ ـ: فالقولُ قولُ المالكِ مع يمينه؛ لأنَّهُ يدعي الردَّ على غير من ائتمنَهُ، وإن قال: تلف في يدي، ولم أتمكَّنْ من الردِّ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: القولُ قولُ المالِكِ؛ كما في الردِّ.

والثَّاني: قولُ الوارثِ مع يمينه؛ لأنَّهُ أمينٌ.

وكذلك: لو مات المالكُ، فقال المودَعُ: رددتُ إلى المُودَعِ، أو تلف في يَدِي في حياتِهِ، وأنكر الوارثُ ـ: فالقول قولُ المودَعِ مع يمينِهِ، وإن قال للوارث: رددتُهُ إِلَيْكَ، وأنكر الوارثُ ـ: فالقول قول الوارثُ؛ لأنه لَم يأتمنْهُ، وإن قالَ تَلِفَ في يدِي بعد الموتِ قبل التمكُّن ـ: فعلى وجهين.

ولو دفع المُودَعُ الوديعةَ إلى أَمينٍ، ثم ٱختلفا، فقال المالكُ ما أمرتُكَ بِهِ، وقال

المُودَعُ: بل أمرتَنِي بِهِ ـ: فالقولُ قولُ المالِكِ مع يمينه؛ لأنَّ الأصل أنه لم يَأْمُرْهُ فإذا حَلَفَ ـ: ضمن أيهما شاء وأيهما ضمنَهُ ـ: لا رجوع له على الآخر؛ لأنَّهُ يقولُ المالكُ: ظالم فيما يأخذ منِّي؛ فلا رُجُوعَ لَهُ عَلَىٰ غيرِ مِنْ ظلمه.

ولو قال المالكُ: أمرتُكَ بالدفعِ إليه، ولكنَّك لم تدفَعْ، وكذلك يقولُ المأمورُ بالدَّفْعِ إليه: إنَّه لم يدفع: فإن قلنَا: الإشهادُ واجبٌ[1] ـ: فالمودع ضامنٌ من غير يمينٍ؛ لأنه مفرطٌ بترك الإشهادِ، وإن قلنا: لا يجبُ الإشهادُ ـ: فقد قيل: القولُ قولُ المُودَعِ مع يمينه؛ لأنه أمينٌ.

والمذهبُ: أنَّ القول قولُ المالكِ مع يمينه؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الدفع.

فإن قلنا: القول قولُ المالِكِ، فقال الثاني: قد دفع إليَّ، وهلك في يدي ـ: لا يقبلُ قوله على المَالِكِ، بل يحلف المالكُ، ويضمن الأوَّل، وإذا اتفقا عَلَىٰ أَنَّهُ دفع إلى الثَّاني، فادَّعَىٰ الثَّاني الردَّ إلى المالِكِ، أو التلف ـ: قُبِلَ قوله مع يمينه.

هذا إذا عيَّن المالك المدفوع إليه، فإنْ لم يعيِّن، بل قال: ادفع إلى أمين، فدفع، ثمَّ ادَّعى الأمين التلفَ ـ: قُبِلَ قوله مع يمينه، وإن ادَّعى الردَّ إلى المالك ـ: لا يُقْبَلُ بل القولُ قولُ المالك مع يمينه؛ لأنه يدعي الردَّ إلَىٰ غير من ائتمنه.

وكذلك: لو أراد المودع سفرًا، فوضع الوديعة عند أمينٍ، فادعى الأمينُ التلف؛ يُقْبَلُ.

ولو ادَّعى الردَّ إلى المالك: لا يُقْبَلُ.

ولو ادَّعَىٰ على رجلٍ وديعةٍ، فأنكر ـ: فالقول قولُ المنكِرِ مع يمينه، فلو أقام المُدَّعِي البينةَ، فأدَّعى المودع التَلَفَ، أو الرد ـ ينظر في إنكاره: فإنْ قال: مَا لَكَ عندي شيءٌ، أو لا يلزمُنِي تسليمُ شَيْءٍ إليك، فأقام المدعي بيِّنةً على الإيداعِ، فقال المُدَّعَىٰ عليه: كُنْتُ قد رددتُّهَا قبل الإنكارِ، أو تَلِفَ في يدي ـ: يُقْبَلُ قوله مع يمينه؛ لأنَّه صدق في إنكارِهِ؛ أنه لا شيء لك عندي بعد التلفِ والرَّدِّ، وإن قال في الإنكار: ما أودعْتَنِي شيئًا، فأقام المدعي بينةً على الإيداع، فقال المدعَىٰ عليه: صَدَقْت البيِّنةُ، ولكنَّها كانَتْ تَلِفَتْ في يدي، أو رددتُّهَا ـ: لا يُقْبَلُ قوله؛ لأنَّ قَضية قولِهِ: «ما أودعتني»: أنه لم يرد إليه شيئًا، ولم يتلفْ له عنده شيء، فلو أقام بيِّنَةً على التَّلَفِ أو الردِّ قبل الإنكارِ ـ: هل يسمع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسمعُ؛ لأنَّه المدعِي لو صدَّقه يسقُطُ عن الضمانِ؛ فكذلك إذا أقام البينة.

والثاني: لا يسمع، لأنَّ إنكاره السابق يكذِّب بينته.

---

(١) في ظ: يجب الإشهاد.

ولو ادعَىٰ رجلان عَيْنًا في يدي رجلٍ، فقال كُلُّ واحدٍ: أنا أودعْتَكَها، فقال المودَعُ: هل لأحدهما، ولا أدري لأيّكما هي ـ نُظِرَ: إنْ لم يدع علمه ـ: أخذت العين منه، وهي كعين في أيديهما، يتداعيانها، فأيهما أقامَ البيِّنة ـ: قُضِيَ له، فإن لم تكنْ بيِّنة: فإن حَلَفَا أو نَكَلاَ ـ: تكون بينهما، وإنْ حلف أحدهما، ونكل الآخر ـ: قضى بها للحالفِ، وإن ادعيا علمه ـ: حلف يمينًا واحدةً بالله؛ لا يعلمُ أنها لأيِّهما، فإذا حلف ـ: أخذتِ العين منه، وتكون كعينٍ يتراعيانها؛ كما ذكرنا، وإنْ نكل المُدَّعَىٰ عليه عن يمينِ العِلْمِ ـ: حلف كل واحد منهما عَلَىٰ علمِهِ، وأخذ منه العين وقيمتها، ويكونُ لكلِّ واحدٍ نصْفُ العينِ، ونِصْفُ القيمةِ، إذا حلفا أو نكلا، وإنَّما غرَّمناه القيمةَ؛ لأن كل واحد ثبت عَلَيْهِ بيمِينِ الردِّ جميعُ العين، وإذا جعلنا العَيْنَ بينهما ـ: لا يكونُ لكلِّ واحد إلاَّ نصفها، وإذا أقام أحدهما البيِّنَةَ ـ: أخذ جميع الوديعة، وردَّت القيمة إلى المودع، وإن لم تكن بينة، وحلف أحدهما ـ: أخذ الحالف جميعَ العَيْن، ورد نصف القيمة إلى المودع، ولا يجبُ على الناكل رَدُّ نِصْف القيمة؛ لأنَّه ثبت له ذلك بيمينه على المودع، ونكوله كان في حق صاحبه؛ لأنَّ حقَّ المودع، وإن كان مثل هذا.

الدعوى في الغصب

ادَّعَى رَجلانِ أنَّه غصب منِّي هذه العين، فقال المدعَىٰ عليه: غصبت من أحدهما، ولا أدري أيهما هو ـ: فيجب أن يُحلف على «البتِّ» لكلِّ واحد منهما أنَّهُ لم يغصبْ منه، فإذا حلف لأحدهما ـ: تعيَّن المغصوب للثَّاني، ولا يحلف له.

ولو أقرَّ المدَّعَىٰ عليه بالعَيْنِ لأحدِهِمَا، أو قال لأحدهما: ليسَتْ هذه لَكَ ـ: كان إقرارًا للآخَر؛ بتسلَّم العين إليه، وخصومةُ الآخرِ تَكُونُ مع المُقَرِّ له، وهَلْ له أن يدعي القيمَةَ علَى المُدَّعَىٰ عليه؟ هذا يبنَىٰ عَلَىٰ أنّه لو أقرَّ للثاني بعدما أقرَّ للأوَّل ـ: لا تُنْتَزَعُ العيْنُ من يد الأولِ، وهَلْ يغرمُ القيمَةَ للثاني؟ فيه قولان:

أحدهما: يغرَّم؛ فعلَىٰ هذا: له أن يَدَّعي عليه قيمة العين.

والثَّاني ـ وهو الأصح ـ: لا يغرم؛ فعلى هذا: هل يدعي القيمة؟ يبنى عَلَىٰ أن النكول وردَّ اليمين بمنزلةِ إقْرارِ المُدَّعَىٰ عليه أَمْ بمنزلةِ بيِّنة المدعي؟ وفيه جوابان:

إن قلْنَا: بمنزلة الإقرارِ ـ: ليس له دعوى القيمَة، وإن قلنا: بمنزلةِ البينةِ ـ: له الدعوى، فإنْ حلف ـ: برىء، وإن نكل ـ: حلف المدعي، وأخذ القيمة، ولا خلاف أنَّ العين لا تنتزعُ مِنْ يد المُقَرِّ له، وإنْ جعلنا النُّكُولَ وردَّ اليمين بمنزلةِ البينةِ؛ لأنَّهُ كالبيِّنة في حَقِّ المتداعيَيْنِ فحسب، ولو أقرَّ المدعَىٰ عليه لهما جميعًا ـ: كان كشيء في أيديهما

يتداعيانه، فإنْ حَلَفَ أحدهما ـ: قُضِيَ له، ولا خُصُومَةَ للناكل مع المُودِعِ؛ لأنَّهُ أبطل حقَّهُ بالنكولِ، وإن حلفا ـ: كان العَيْنُ بينهما.

وهل لكلٍّ واحدٍ منهما أن يَدَّعِي نِصْفَ القيمةِ على المودع؟ فعلى الاختلافِ الذي ذكرنا، والله أعْلَمُ.

كِتَابُ: قَسْمِ ٱلفَيْءِ[1]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿مَا أَفَاءَ اللهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ القُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلْرَّسُولِ وَلِذِي القُرْبَىٰ وَاليَتَامَىٰ وَالمَسَاكِينِ وَٱبْنِ السَّبِيلِ. . .﴾ [الحشر: ٧] الآية، وقال تَعَالَىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّ مَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لله خُمُسُهُ وَلِلْرَّسُولِ. . .﴾ الآيَةَ [الأنفال: ١].

الفَيْءُ: ٱسْمٌ لما أفاء الله على المسلمين مِنْ أموال المشركينَ مِنْ غَيْرِ إيجَافِ خَيْلٍ ولا ركابٍ مِثْلُ: جزيةِ أهلِ الذمَّةِ وَخَرَاجِ أَرَاضِيهِمْ، أو يُصَالِحُ الإمامُ أَهْلَ بَلَدٍ على خراجٍ يؤدُّونه، أو ضَرِيبةٍ يؤدُّونها إذا دَخَلُوا بلادَ الإسْلَامِ لتجارةٍ أو غَيْرِهَا، أو ٱنْجَلَى الكُفَّار عنْ بلدٍ، فتركوا أوطانَهُمْ وأمْوَالَهُمْ لِضُرٍّ أصابَهُمْ، أو سمعوا خَبَرَ المُسْلِمِينَ فٱنْجَلَوْا خَوْفًا منهم، أو يَمُوتُ واحدٌ من أهْلِ الذِمَّةِ ولا وارِثَ له، أو يَمُوتُ مرتَدٌّ أو يقتلُ؛ فماله يكونُ فِيئًا يُوضَعُ في بَيْتِ المال.

والغَنِيمَةُ: ما صار إِلَىٰ المُسْلِمِينَ مِنْ أموالِ الكُفَّارِ بإيجَافِ خَيْلٍ وركابٍ[2] سواءٌ أخذوا منهم قَهْرًا أو هَزَمُوهُمْ في القتالِ، فتركُوا أموالَهُمْ؛ فٱستولَىٰ عليها المسلمون.

---

(١) الفيء في اللغة: مصدر فاء ويفيء إذا رجع وشرعاً ما وصل إلى المسلمين من أموال الكفار من غير إيجاف خيل ولا ركاب كالجزية، وعشر التجارة، والخراج، وما جلوا عنه خوفاً ومال مرتد مات على ردته، وذمي مات بلا وارث حائز، وبهذا فارق الفيء الغنيمة. ينظر: المغرب ٢/١١٤، والصحاح ١/٦٣، والمصباح المنير ٢/٧٤٧، وأنيس الفقهاء ص ١٨٣.

(٢) إيجاف خيل:

قيل: وَجِيفُها: سرعتها في سيرِها، وقد أَوْجفها راكبها. وقوله تعالى: ﴿قُلُوبٌ يَوْمَئِذٍ وَاجِفَةٌ﴾ أَي: شديدة الاضْطِرابِ وإنَّما سمى الوجيف في السَّيْر؛ لشدَّة هزِّه واضطرابه، ذكره العُزيْزِيُّ، وقال الجوهَرِيُّ: هو ضَرْبٌ من سير الإبِلِ وَالْخَيْلِ، يُقالُ: وَجَفَ البَعيرُ يَجِفُ وَجْفًا وَوَجِيفًا، وَأَوْجَفْتُهُ أنا، ويقال: أَوْجَفَ فَأَعْجَفَ. ينظر النظم ٢/٢٩٣.

والفَيْءُ والغنيمةُ يُسمَّى كُلٌّ واحد بٱسْمِ الآخرِ، ويتميَّزانِ بما ذكرنا؛ كالفقيرِ والمسكينِ: يسمَّىٰ كلُّ واحد بٱسْمِ الآخرِ؛ لاتفاقهما في الحاجة، ثمَّ يتميَّزان: فكلُّ واحدٍ من المالَيْن مخموسٌ؛ فخمسه لخمسة أصنافٍ على ما نَطَقَ به القُرْآنُ، وأربعةُ أخْماسِ الغنيمَةِ للغانِمِينْ.

أما أربعةُ أخماسِ الفَيْءِ كانَتْ خالصَةً لرسُولِ الله ـ ﷺ ـ في حياتِهِ، فيعد منها نفقة سَنَةٍ له ولعيالِهِ، ويجعل الفَضْلَ مع مَا فَضَلَ من خُمْسُ خُمْسُ الغنيمةِ، والفَيْءُ في الكُراعِ والسِّلاحِ عُدَّة في سبيل الله؛ قال النبيُّ ـ ﷺ ـ «مَالي ممَّا أفاء الله عَلَيْكُمْ إلاَّ الخُمُسَ، وَالخُمُسَ مَرْدُودٌ فِيكُمْ»(١).

وبعد وفاته ـ ﷺ ـ سَهَمُهُ من خمّسِ خمّسِ الغنيمةِ، وخُمُس خُمُس الفَيءِ لِمصالِحِ المسلمين، وفي أربعةِ أخماسِ الفَيْءِ قولان:

أصحُّهما: أنها للمرتَزَقَةِ الذين كتب أساميهم في ديوان الغزوِ؛ فتركوا أشغالَهُمْ ولزموا الثغور والمواضِعَ التي إذا ٱسْتَنْفَرُوا منها إلى جهة ٱحتيج إليهم للغزو نَفَرُوا(٢) ذلكَ؛ لأنَّها كانت للنبيِّ ـ ﷺ ـ لأنَّ الرُّعْبَ كان منه للكفَّار، وبعده يَحْصُلُ الرغْبُ من المرتزقةِ؛ فيكون المال لهم.

[والثَّاني: هي للمصالحِ ويبدأ بالأهَمِّ؛ فالأهَمُّ هُمُ المرتزقةُ؛ لأنَّ كلَّ سهم](٣) كان للنبي ـ ﷺ ـ في حياتِهِ: يكونُ بعده للمصَالِحِ؛ كخمس الخمس، وذكر في «القديم»: أن مالَ المُرْتَدِّ لا يخمَّس(٤)، ٱختلف أصحابنا فيه:

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٢٧ ـ ١٢٨) والبيهقي (٧/ ١٧) والبزار والطبراني كما في «المجمع» (٥/ ٣٣٧) وقال الهيثمي: وفيه أم حبيبة بنت العرباض ولم أجد من وثقها ولا جرحها وبقية رجاله ثقات.

(٢) في أ: ويغزو.

(٣) سقط في: د.

(٤) ذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة، ومالك، وأحمد إلى أنه يصرف في مصالح المسلمين، ويقدم منها الأهم فالأهم، فيعطى منه الجند، والقضاة، والعلماء، وتسد منه الثغور، وهي مواضع الخوف في البلاد، ويصرف منه في إصلاح الطرق وإقامة الجسور، وما إلى ذلك.

وذهب «الشَّافِعيُّ» إلى أنَّه يخمّس، ويعطي أربعة أخماسه للمرتزقة وهم الجند المرصدون للجهاد، والخمس الباقي يقسم خمسة أقسام يصرف أحدها في مصالح المسلمين، والأخماس الأربعة الباقية تصرف لذوي القربى، واليتامى، والمساكين، وابن السبيل، هذا حكم منقول الفيء عنده، وأما عقاره فالمذهب أنه يجعل وقفاً وتقسم غلته كذلك.

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولاً ـ بقوله تعالى ﴿وَمَا أَفَاءَ الله عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلاَ رِكَابٍ وَلَكِنَّ الله يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ والله عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ مَا أَفَاءَ الله عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ =

منهم مَنْ قال في مال الفَيْءِ قولان:

في «الجديد»: يخمَّس؛ كالغنيمة.

وفي «القديم»: لا يخمَّس؛ لأنَّه لم يُقاتل عليه؛ كما لو صالحهم على الضيافةِ؛ لم يَكُنْ لأهل الخمس فيه حَقٌّ، بل يستبدّ بها الذين يَمُرُّونَ عليهم من المسلمينَ.

ومنهم مَنْ قال: ما أخذ منهم بالرُّعْبِ مثل أَنْ خافوا فهربوا، وتركوا ديارهُمْ وأموالهم: يخمَّس، كالغنيمة، وما لم يؤخَذْ بالرعب؟ مثل: مال المرتدِّ، ومالِ مَنْ مات ولا وارِثَ له: فيه قولان:

في الجدية يُخمَّس.

وفي القديم: لا يخمَّس.

فحيثُ قلنا: لا يخمَّسَ: فحكمُ جميع ذَلِكَ المَالِ حُكْمُ أربعةِ أخماسِ الفَيْءِ، حيث يخمَّس، وفي مصرِفِهِ قولان.

بَابُ: الأَنْفَالِ(١)

رُوِيَ عَنْ أَبِي قَتَادَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ الله - ﷺ - قَالَ يَوْمَ حُنَيْنٍ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً لَهُ عَلَيْهِ

= وَلِذِيْ الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى والْمَسَاكِيْنِ وَابْنِ السَّبِيْلِ كَيْ لا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُوْلُ فَخُذُوْهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوْا وَاتَّقُوْا الله إِنَّ الله شَدِيْدُ الْعِقَابِ﴾ إلى قوله تعالى ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِيْنَ﴾ إلى قوله تعالى ﴿وَالَّذِيْنَ جَاؤُوْا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ فقد سمى الله تعالى في مصرف الفيء جهات تجمع جميع المسلمين ولم يذكر تخميساً، ولذا لمّا قرأ عمر هاتين الآيتين حتى بلغ ﴿وَالَّذِيْنَ جَاؤُوْا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ قال هذه الآية استوعبت المسلمين. وقال أيضاً: «ما من أحد إلاَّ له في هذا المال نصيب إلاَّ العبيد».

ثانياً - بفعله ﷺ فإنه أخذ الجزية من مجوس هَجَر ونصارى نجران، وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم ديناراً، ولم ينقل قط في ذلك أنه خمسه، ولو كان لنقل ولو من طريق ضعيف كما تقضي به العادة؛ واستدل الشافعية على تخميس الفيء بقياسه على الغنيمة بجامع أن كل مال وصل إلى المسلمين من الكفار فمصرفهما واحد، وقد سمّى الله في آية الفيء الجهات الخمس التي بيَّنت سورة الأنفال أنها مصرف الخمس، فدل ذلك على التخميس في الفيء كالغنيمة، وحملوا قوله تعالى ﴿وَالَّذِيْنَ جَاؤُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ على أنّها جملة مستأنفة الغرض منها الدعاء للمؤمنين السابقين بالإيمان، وليس لها دخل في استحقاق الفيء. وقد ردّ الجمهور عليهم بأن القياس معارض للنصوص القاضية بعدم القسمة. وهناك فرق بين الفيء والغنيمة لأن الغنيمة قد بذل الجيش فيها مجهوداً شاقاً، والفيء لم يبذل فيه عناء يذكر، وأما قوله تعالى ﴿وَالَّذِيْنَ جَاؤُوْا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ فالظاهر أنه معطوف على ما قبله، وأما كونه للدعاء فبعيد. وبذلك يترجح رأي الجمهور في مصرف الفيء لعموم نفعه أول المسلمين وآخرهم على اختلاف طبقاتهم ومشاربهم.

(١) والنَّفَل: هو بالتحريك مأخوذ من النفْل بالسكون معناه الزيادة. وشرعاً: زيادة على سهم الغنيمة يمنحها الإمام لبعض الغزاة وهي قد تكون جزاء على أثر محمود قام به الغازي كمبارزة، وحسَن إقدام، وهذا =

بيِّنَةٌ ـ: فَلَهُ سَلَبُهُ»(١).

= يسمَّى إنعاماً ومكافأة، وقد يكون عدة من الأمير لمن يفعل ما فيه زيادة مكايدة للكفار كالتقدم على طليعة، والتهجم على قلعة وهذا يسمَّى جَعَالَةً؛ ويشترط الإمام مالك في الجُعْل أن يكون من غير السلب، وسيأتي رأيه في السلب عند الكلام عليه.

وأمّا دليل مشروعيته فما صح في أحاديث متعدِّدة من أن النَّبيّ ﷺ فعله مع المقاتلة في وقائع شتَّى: منها ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبيّ ﷺ «كَانَ يُنَفِّلُ بَعْضَ مَنْ يَبْعَثُ مِنَ السَّرَايَا لِأَنْفُسِهِمْ خَاصَّةً سِوَى قِسَمُ عَامَّةِ الْجَيْشِ». وعنه «أَنَّ النبيّ ﷺ بَعَثَ سَرِيَّةً قِبَلَ نَجْدٍ فَخَرَجْتُ فيها فَبَلَغَتْ سِهَامُنَا اثْنَي عَشَرَ بَعِيراً، وَنَفَّلَنا رَسُولُ الله ﷺ بَعِيراً بَعِيراً» متفق عليهما. وما روي عن عبادة بن الصامت «أَنَّ النبيّ ﷺ كَانَ يُنَفِّلُ في البَدْأَةِ الرُّبُعَ وَفي الرَّجْعَةِ الثُّلُثَ» رواه أحمد، وابن ماجه، والترمذي. وقد تلقَّت الأمة هذه الأحاديث كلها بالقبول، وقد نزل فيه فيما يرى بعض العلماء قوله تعالى: ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الأَنْفَالِ قُلِ الأَنْفَالُ للهِ وَالرَّسُولِ﴾، والمراد أن الحكم فيها يرجع إلى الله ورسوله فيحكم فيها النبيّ ﷺ بما يراه.

(١) أخرجه مالك (٢/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥) كتاب الجهاد ـ باب ما جاء في السلب في النفل ـ حديث (١٨) وأحمد /٥/ ٢٩٥، ٣٠٦) والبخاري (٦/ ٢٤٧) كتاب فرض الخمس ـ باب من لم يخمس الأسلاب ـ حديث (٣١٤٢) ومسلم (٣/ ١٣٧٠): كتاب الجهاد والسير ـ باب استحقاق القاتل سلب القتيل حديث (٤١/ ١٧٥١) وأبو داود (٣/ ١٥٩) كتاب الجهاد ـ باب في السلب يعطي القاتل حديث (٢٧١٧) وابن ماجه (٢/ ٩٤٦): كتاب الجهاد ـ باب المبارزة والسلب ـ حديث (٢٨٣٧) والترمذي (٤/ ١١١) كتاب السير: باب ما جاء في من قتل قتيلاً ـ حديث (١٥٦٢).

والحميدي (١/ ٢٠٤) رقم (٤٢٣) والدارمي (٢/ ٢٢٩) كتاب السير باب من قتل قتيلاً فله سلبه، وأبو عبيد القاسم بن سلام في «الأموال» رقم (٧٧٦) وابن الجارود (٦/ ١٠٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٢٦) والبيهقي (٩/ ٥٠) والبغوي في شرح السنة (٥/ ٦١٢ بتحقيقنا) من طريق يحيى بن سعيد عن عمر بن كثير بن أفلح عن أبي محمد مولى أبي قتادة عنه، مطولاً ومختصراً.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وأخرجه أحمد (٥/ ٣٠٧) عن اسحق بن عيسى والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٢٧) من طريق ابن المبارك كلاهما عن ابن لهيعة عن عبد الله بن أبي جعفر عن الأعرج عن أبي قتادة الأنصاري أنه قتل رجل من الكفار فنفله النبي ﷺ سلبه ودرعه فباعه بخمسة أواق.

وابن المبارك من قدماء أصحاب ابن لهيعة.

وللحديث شاهد من حديث أنس بن مالك.

أخرجه أبو داود (٢/ ٧٨) كتاب الجهاد: باب في السلب يعطى للقاتل حديث (٢٧١٨) والدارمي (٢/ ٢٢٩) كتاب الجهاد والسير: باب من قتل قتيلاً فله سلبه وابن حبان (١٦٧١ ـ موارد). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٢٧) والحاكم (٣/ ٣٥٣) وأبو داود الطيالسي (٢/ ١٠٨ ـ ١٠٩ ـ منحة) رقم (٢٣٧٤) والبيهقي (٦/ ٣٠٦ ـ ٣٠٧) كتاب قسم الفيء: باب السلب للقاتل، وأحمد (٣/ ١١٤) من طريق اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس قال: «قال رسول الله ﷺ يوم حنين من قتل قتيلاً فله سلبه».

قال أبو داود: هذا حديث حسن.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه أيضاً ابن حبان. =

. . . .

= وله شاهد أيضاً من حديث سمرة بن جندب.

أخرجه أحمد (٥/ ١٢) وابن ماجه (٢/ ٩٤٧) كتاب الجهاد: باب المبارزة والسلب ـ حديث (٢٨٣٨)، والبيهقي (٦/ ٣٠٩) من طريق نعيم بن أبي هند عن ابن سمرة بن جندب عن أبيه قال: «قال رسول الله ﷺ من قتل فله السلب».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٤١٦): هذا إسناد فيه ابن سمرة بن جندب واسمه سليمان بن سمرة بن جندب.

ذكره ابن حبان في الثقات وقال ابن القطان: حاله مجهول وباقي رجال الإسناد ثقات ا.هـ.

وفي الباب عن سلمة بن الأكوع وعوف بن مالك وابن عباس وجابر.

أما حديث سلمة بن الأكوع.

أخرجه مسلم (٣/ ١٣٧٤ ـ ١٣٧٥) كتاب الجهاد والسير: باب استحقاق القاتل سلب القتيل ـ حديث (٤٥/ ١٧٥٤) من طريق إياس بن سلمة قال: حدثني أبي سلمة بن الأكوع قال: غزونا مع رسول الله ﷺ هوازن.

فَبَيْنَا نَحْنُ نَتَضَحَّى مَعَ رَسُولِ الله ﷺ إِذْ جَاءَ رَجُلٌ عَلَىٰ جَمَلٍ أَحْمَرَ فَأَنَاخَهُ. ثُمَّ انْتَزَعَ طَلَقًا مِنْ حَقَبِهِ فَقَيَّدَ بِهِ الجَمَلَ. ثُمَّ تَقَدَّمَ يَتَغَدَّىٰ مَعَ الْقَوْمِ. وَجَعَلَ يَنْظُرُ. وَفِينَا ضَعْفَةٌ وَرِقَّةٌ في الظَّهْرِ. وَبَعْضُنَا مُشَاةٌ. إِذْ خَرَجَ يَشْتَدُّ. فَأَتَىٰ جَمَلَهُ فَأَطْلَقَ قَيْدَهُ. ثُمَّ أَنَاخَهُ وَقَعَدَ عَلَيْهِ. فَأَثَارَهُ. فَاشْتَدَّ بِهِ الْجَمَلُ. فَاتَّبَعَهُ رَجُلٌ عَلَىٰ نَاقَةٍ وَرْقَاءَ.

قَالَ سَلَمَةُ: وَخَرَجْتُ أَشْتَدُّ. فَكُنْتُ عِنْدَ وَرِكِ النَّاقَةِ. ثُمَّ تَقَدَّمْتُ. حَتَّىٰ كُنْتُ عِنْدَ وَرِكِ الْجَمَلِ. ثُمَّ تَقَدَّمْتُ حَتَّىٰ أَخَذْتُ بِخِطَامِ الْجَمَلِ فَأَنَخْتُهُ. فَلَمَّا وَضَعَ رُكْبَتَهُ في الأَرْضِ اخْتَرَطْتُ سَيْفِي فَضَرَبْتُ رَأْسَ الرَّجُلِ. فَنَدَرَ. ثُمَّ جِئْتُ بِالْجَمَلِ أَقُودُهُ، عَلَيْهِ رَحْلُهُ وَسِلاَحُهُ. فَاسْتَقْبَلَنِي رَسُولُ الله ﷺ وَالنَّاسُ مَعَهُ. فَقَالَ: «مَنْ قَتَلَ الرَّجُلَ؟» قَالُوا: ابْنَ الأَكْوَعِ. قال: «له سَلَبُهُ أَجْمَعُ».

وللحديث طريق آخر مختصر.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٤٦) كتاب الجهاد: باب المبارزة والسلب ـ حديث (٢٨٣٦) من طريق أبي العميس وعكرمة بن عمار عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه قال: بارزت رجلاً فقتلته فنفلني رسول الله ﷺ سلبه.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٤١٦): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات واسم أبي عميس عتبة بن عبد الله.

أما حديث عوف بن مالك

أخرجه مسلم (٣/ ١٣٧٣) كتاب الجهاد والسير: باب استحقاق القاتل سلب القتيل حديث (٤٣/ ١٧٥٣) عن عوف بن مالك (قال اكتب الحديث من المصدر).

خَرَجْتُ مَعَ مَنْ خَرَجَ مَعَ زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ، في غَزْوَةِ مُؤْتَةَ. وَرَافَقَنِي مَدَدِيٌّ مِنَ الْيَمَنِ. وَسَاقَ الْحَدِيثَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِنَحْوِهِ. غَيْرَ أَنَّهُ قَالَ في الْحَدِيثِ: قَالَ عَوْفٌ: فَقُلْتُ: يَا خَالِدُ! أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قَضَىٰ بِالسَّلَبِ لِلْقَاتِلِ؟ قَالَ: بَلَىٰ. وَلٰكِنِّي اسْتَكْثَرْتُهُ.

فأخرجه أبو نعيم في الحلية ـ (٨/ ٤٥) من طريق ابراهيم بن أدهم عن مقاتل بن حيان عن عكرمة عن ابن عباس.

قال أبو نعيم: غريب من حديث ابراهيم لم نكتبه إلاّ من هذا الوجه.

ورُوِيَ أَنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ أَعْطَىٰ سَلَبَ مَرْحب يَوْمَ خَيْبَرَ مَنْ قَتَلَهُ[1].

إذا قَتَلَ مسلمٌ مكلَّفٌ حُرٌّ ذَكَرٌ في حربِ الكُفَّارِ مشركًا مقبلاً على القِتالِ ـ: يستحقُّ سلبه[4]، سواءٌ قتلَهُ في المبارزةِ أو في غير المبارزةِ، وسواء نَادَىٰ الإمَامُ بأَنَّ مَنْ قَتَلَ قتيلاً فله سَلَبُهُ، أو لم يُنَادِ؛ لَمَا رُوِيَ عَنْ أبي قتادَةَ، قَالَ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ يَوْمَ حُنَيْنٍ فَرَأَيْتُ رَجُلاً مِنَ المُشْرِكِينَ عَلاَ رَجُلاً مِنَ المُسْلِمِينَ فَٱسْتَدَرْتُ لَهُ حَتَّىٰ أَتَيْتُهُ مِنْ وَرَائِهِ، فَضَرَبْتُهُ عَلَىٰ حبلِ عاتِقِهِ ضَرْبَةً، فَأَقْبَلَ عَلَيَّ فَضمَّنِي ضَمَّةً وَجَدْتُ مِنْهَا رِيحَ الْمَوْتِ، ثُمَّ أَدْرَكَهُ المَوْتُ، فَأَرْسَلَنِي، فَقَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ـ: فَلَهُ سَلَبُهُ، فَقُمْتُ

= ـ تنبيه: عزا الحافظ ابن حجر في «تخريج أحاديث المختصر ـ (٢/ ١٥٢) هذا الحديث لأبي نعيم في «الحلية» بلفظ: من قتل قتيلاً فله سلبه وليس كما قال فاللفظ هو كما تقدم.

حديث آخر عن ابن عباس.

أخرجه أحمد (١/ ٢٨٩) من طريق مقسم عنه أن النبي ﷺ مرَّ على أبي قتادة وهو عند رجل قد قتله فقال: دعوه وسلبه.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٣٣ ـ ٣٣٤) وقال: رواه أبو يعلى والطبراني في الكبير والأوسط بمعناه ورجال أحمد والكبير رجال الصحيح غير عتاب بن زياد وهو ثقة.

حديث آخر.

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٣٤) عنه قال: انتهى عبد الله بن مسعود إلى أبي جهل يوم بدر وهو رتيد فاستل سيفه فضرب عنقه فندر رأسه ثم أخذ سلبه فأتى النبي ﷺ فأخبره أنه قتل أبا جهل فاستحلفه بالله ثلاث مرات فحلف فجعل له سلبه.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه اسماعيل بن أبي اسحق أبو اسرائيل الملاتي وهو ضعيف وقال أحمد: يكتب حديثه.

ـ حديث جابر.

أخرجه البيهقي (٦/ ٣٠٩) من طريق أبي الوليد ثنا هشام عن شريك عن ابن عقيل عن جابر قال: بارز عقيل بن أبي طالب رضي الله عنه رجلاً يوم مؤتة فقتله فنفله رسول الله ﷺ سيفه وترسه. وأخرجه البيهقي أيضاً من طريق الوليد بن صالح ثنا شريك به. وأخرجه الحافظ ابن حجر في «تخريج أحاديث المختصر» (٢/ ١٥٤) من طريق سليمان بن أحمد ـ الطبراني ـ في الأوسط نا أحمد بن خليد نا اسماعيل بن عبد الله بن زرارة عن شريك عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر قال: بارز عقيل بن أبي طالب يوم مؤتة رجلاً فقتله فنفله رسول الله ﷺ سلبه وخاتمه.

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٣٣٤) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الله بن محمد بن عقيل وهو حسن الحديث وفيه ضعف ا.هـ.

وقال ابن حجر في «تخريج أحاديث المختصر» (٢/ ١٥٤): حديث حسن.

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٣٠٩) من طريق الواقدي وقال: واختلفوا في قاتله فقيل علي بن أبي طالب وقيل محمد بن مسلمة الأنصاري.

(٢) السَّلب هو ثياب القتيل وآلات حربه كالسيف، والرمح، والدرع، والدابة التي يركبها والتي تكون بجانبه، وما معه من حلي ومال على خلاف لبعض الفقهاء في بعض ما ذكر.

فَاقْتَصَصْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَقَالَ رَجُلٌ: صَدَقَ يَا رَسُولَ اللهِ، وَسَلَبُ ذَلِكَ الْقَتِيلِ عِنْدِي، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ـ ﷺ ـ: «فَأَعْطِهِ إِيَّاهُ فَأَعْطَانِيهِ»(١).

وقال مالكٌ وأبو حنيفة: ـ رحمة الله عليهما ـ: لا يستحقُّ القاتلُ السَّلَبَ إلاَّ بعد نداءِ الإمَامِ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فلهُ سَلَبَهُ، والحديثُ حُجَّةٌ عليهما(٢)؛ لأنَّ قَتْلَ أبي قتادة المُشْرِكَ: كان قبل النداءِ، وأعطاه النبيُّ ـ ﷺ ـ سَلَبَ قَتِيله.

والشَّرْطُ أنْ يَكُونَ الكافِرُ مقبلاً على القِتَالِ، وإن لم يَكُنْ مشتغلاً به في تِلْك الحالَةِ، فلو انْهَزَمَ الجَيْشُ، فقتل واحدًا في الهزيمةِ ـ: لا يستحقُّ سَلَبَهُ، أَمَّا إذا قاتَلَهُ، فَهَرَبَ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ، فقتله مُدْبرا أَوْ وَلَّىٰ ظهرِهِ متحرِّفًا لقتالٍ أو متميِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ، فتبعه، وقتلَهُ ـ: ليستحقُّ سلبه، ولو قصد كافرٌ مسلمًا، فجاء مسلم آخرُ من ورائه، فقتله ـ: يستحقُّ سَلَبَهُ؛ بدليل حديث أبي قتادة.

ولو رَمَىٰ منهما مِنْ بُعْدٍ إِلَىٰ صَفِّ الكفار، فقتَلَ واحدًا ـ: لا يستحقُّ سَلَبَهُ، لأنَّه لم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) واختلف الفقهاء في أنّ السلب حق للقاتل أو حق للإمام إن شاء وعد بالتنفيل به وإن شاء وضعه في الغنيمة.

فذهب الإمام الشافعي، وأحمد، والليث، وغيرهم إلى أن السلب للقاتل بشروط ذكرت في كتبهم سواء قال الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه أم لا، فاستحقاق القاتل له حكم شرعي ثابت في نفسه لا يتوقف على جعل الإمام. وقال الحنفية والمالكية والثوري: إن القاتل لا يستحقه إلا أن يشترطه له الإمام، وهو عندهم من النفل.

استدل الشافعي، ومن معه بقوله ﷺ، في حديث طويل متفق عليه عن أبي قتادة «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ سَلَبُهُ». وبما رواه أحمد وأبو داود عن أنس رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ، فَقَتَلَ أَبُو طَلْحَةَ عِشْرِيْنَ رَجُلاً وَأَخَذَ أَسْلاَبَهُمْ» فهذان الحديثان صريحان في أن السلب للقاتل. واستدل الحنفية، ومن وافقهم بعموم قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لله خُمُسَهُ﴾ الآية، والسلب مال مغنوم لأنه مأخوذ بقوة الجيش، إذ لولا الجيش لما حصل السلب، ومباشرة القتل لا عِبرَة بها، كما أنها لم تعتبر في منع الردء من الغنيمة بل هو، والمقاتل المباشر فيها سواء. وبما رواه البخاري، ومسلم من حديث جاء فيه: أنَّ مُعَاذَ بْنَ عَمْرِو بْنَ الْجَمُوْحِ وَمُعَاذَ ابْنَ عَفْرَاءَ ضَرَبَا أبا جهل بسيفيهما حتّى قتلاه فَأَتَيا رسول الله ﷺ فَقَالَ: أَيُّكُمَا قَتَلَهُ؟ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا قَتَلْتُهُ، فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ فَقَالَ: كِلاَكُمَا قَتَلَهُ، وَقَضَىٰ بِسَلَبِهِ لِمُعَاذِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الْجَمُوْحِ». فهذا الحديث نصّ على أنَّ السلب ليس للقاتل، بل هو بتعيين الإمام، وبما روي عن طريق عمرو بن واقد عن موسى بن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية أن حبيب بن مسلمة قتل قتيلاً فأراد أبو عبيدة أن يخمس سلبه فقال له حبيب: إن رسول الله ﷺ قضى بالسَّلب للقاتل، فقال له معاذ: مهلاً يا حبيب سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ» وهذا الحديث أيضاً يدلّ على أن السلب ليس للقاتل، إذ لو كان له لما توقف على طيب نفس الإمام.

ورد على الحنفية في استدلالهم بالآية أنَّ السلب حقيقة من الغنيمة وتشمله الآية؛ ولكن الرسول عليه الصلاة والسلام بيَّن أنه خارج من حكم الغنيمة كما خصَّت الآية بكثير غير السلب كالقاتل الذمّي، =

يُخَاطِرْ مَعَهُ برُوحِهِ، أَمَّا إذا خرج من الصَّفِّ، وخرج في مقابَلَتِهِ كافرٌ، فلما قَرُبَ منه، رَمَاهُ فقتله ـ: يستحقُّ سَلَبَهُ.

= وقاتل النساء، والصبيان، وغيرهم ممن لم يقاتل؛ وإنما جعله ﷺ للقاتل في مقابل مخاطرته بنفسه رغبة منه في إعلاء كلمة الله تعالى وأما حديث الصحيحين فقد أجيب عنه بأن في سياقه دلالة على أن السلب يستحقه من أثخن في القتل ولو شاركه غيره في الضرب أو الطعن، وإنما حكم بالسلب لمعاذ بن عمرو بن الجموح، لأنه رأى أن ضربته هي المؤثرة في قتله لعمقها وظهور أثرها، قال المهلب: «وإنما قال كلاكما قتله وإن كان أحدهما هو الذي أثخنه لتطيب نفس الآخر».

أما حديث حبيب بن مسلمة، ففيه عمرو بن واقد وهو منكر الحديث كما قاله البخاري وغيره.

وقد ورد على ما استدل به الشافعي، ومَن معه من قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ» أنَّ النبي ﷺ إنما قاله يوم حنين، وقد هُزِم المسلمون، تحريضاً لهم على القتال، قال الإمام مالك: لم يبلغني ذلك في غير حنين، وأجاب الشافعي، ومَن معه بأن ذلك حفظ عن النبيّ عليه الصلاة والسلام في عدة مواطن منها يوم بدر، ويوم أحد، فقد قَتَلَ حاطب بن أبي بلتعة رجلاً فَسَلَّمَهُ رسول الله ﷺ سَلَبَهُ كما أخرجه البيهقي، وفي غزوة مؤتة وفي وقائع كثيرة، واحتج به الصحابة بعد وفاة الرسول ﷺ في كل مرة خولف فيها أمره عليه الصلاة والسلام. وَرُدَّ على الشافعية في تخصيص آية الغنيمة بحديث السلب أن هذا لو كان على سبيل الشرع العام، وهو موضع النزاع. وورد عليهم أن قوله عليه السلام «كِلاَكُمَا قَتَلَهُ» مع قضائه بالسلب لأحدهما ظاهر في أن أمر السلب للإمام، وما يقولونه تأويلاً لهذا بعد قوله: «فَابْتَدَرَاهُ بِسَيْفَيهِمَا» وقوله ﷺ «كِلاَكُمَا قَتَلَهُ» بعد نظره في سيفيهما بعيد؛ لأنه يتضمن ثبوت الاشتراك في القتل ومباشرتهما له، وهو موجب لاشتراكهما في السلب والقول بأنه تطييب لنفس الآخر غير مسلّم. بل هو حرمان له بعد تقرير النبي عليه الصلاة والسلام أنه قتل مع صاحبه، والرسول ﷺ حاكم مقدر لجهة الحكم فلا يصح أن يقول هذا ثم يحكم لأحدهما فقط... فدلّ ذلك على أن المسألة ليست شرعاً مقرراً في ذاته وإنّما هي ترجع إلى رأي الإمام، وقد رأى إعطاء أحدهما دون الآخر وهو الذي يقدر عوامل الإعطاء والحرمان.

وبعد هذا فالسلب نوع من التحريض، والتحريض أمره موكول إلى الإمام في أصله ونوعه فهو الذي يشترطه، وهو الذي يتصرف فيه بما يرى، وقد جاء في مسلم، وأبي داود حديث عوف بن مالك الأشجعي، وهو ظاهر في أن مرجع السلب إلى الإمام، وهذا هو الحديث. عن عوف بن مالك قال: قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ حِمْيَرَ رَجُلاً مِنَ العَدُوِّ فَأَرَادَ سَلَبَهُ فَمَنَعَهُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيْدِ، وكانَ وَالِياً عَلَيْهِمْ، فَأَتَى رَسُولَ اللهِ ﷺ عَوْفُ بْنُ مَالِكٍ فَأَخْبَرَهُ بِذَلِكَ فَقَالَ لِخَالِدٍ مَا مَنَعَكَ أَنْ تُعْطِيَهُ سَلَبَهُ؟ فَقَالَ: اسْتَكْثَرْتُهُ يا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: ادْفَعْهُ إِلَيْهِ فَمَرَّ خَالِدٌ بِعَوْفٍ فَجَرَّ بردائِهِ ثُمَّ قَالَ: هَلْ أَنْجَزْتُ لَكَ مَا ذَكَرْتُ لَكَ مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَسَمِعَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَاسْتَغْضَبَ فَقَالَ: لاَ تُعْطِهِ يَا خَالِدُ هَلْ أَنْتُمْ تَارِكُوْنَ لِي أُمَرَائِي؟ إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُهُمْ كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَرْعَى إِبْلاً وَغَنَماً فَرَعَاهَا ثُمَّ تَحَيَّنَ سُقْيَهَا فَأَوْرَدَهَا حَوْضاً فَشَرَعَتْ فِيهِ، فَشَرِبَتْ صَفْوَهُ وَتَرَكَتْ كَدِرَهُ، فَصَفْوُهُ لَكُمْ وَكَدِرُهُ عَلَيْهِمْ» رواه أحمد، ومسلم، فهذا الحديث يرد على من قال: أَنَّ النبي عليه السلام لَمْ يقل من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم حنين، فإن هذه الواقعة كانت في غزوة مؤتة، وهي قبل حنين، ويدل أيضاً على أن السلب موكول إلى الإمام ألا ترى أنه ﷺ مَنَعَ خالِداً مِنْ إِعْطاءِ السَّلْبِ بَعْدَمَا أَمَرَهُ بِهِ، وَلاَ يَكُونُ ذلك، والقضاء بالسلب شرع لازم للقاتل والقول بأن رد السلب كان زجراً لعوف يمنعه أن عوفاً لم يكن هو صاحب الحق حتى يُزْجَرَ بِمَنْعِهِ، وإنما صاحبه المدري الذي كان مع عوف، وهو لم يتجرأ على خالد، ولم يصدر منه ما يستحق به الزجر، والزجر إنما يكون لمن أذنب ﴿ولا تزر =

ولو قَتَلَهُ، وَهُوَ غَيْرُ مُقْبِلٍ على القتال، بأنْ كان أسيرًا عنده، أو مُثْخَنًا[١] زَمِنًا[٢]، أو كَانَ نَائمًا، أو مشتغلاً بأكْلٍ ـ: لا يستحقُّ سلبه.

وقال أبو ثَوْرٍ: يستحقُّ سلبه؛ كيفما قتله؛ وهذا لا يصحُّ؛ لأن ٱبْنَ مَسْعودٍ قَتَلَ أَبَا جَهْلٍ بَعْدَمَا أَثْخَنَهُ غُلامَانِ مِنَ الأَنْصَارِ، فَلَمْ يَدْفع النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ سَلَبَهُ إِلَىٰ ٱبْنِ مَسْعُودٍ[٣].

ولو ٱشْتَرَكَ ٱثْنَانِ في قَتْلِ مُشْرِكٍ: يكون السلْبُ بينهما، ولو ضربَهُ رَجُلٌ، فأزمنه، أو قَطَعَ يديه ورجْلَيْهِ جميعًا، ثم قتله آخَرُ ـ: فالسلبُ للأوَّلِ؛ لأنه كفاه شَرَّهُ بالإِزْمَانِ أو قطعِ الأطراف، ولو قطع الأوَّلُ إِحْدَىٰ يَدَيْهِ أو إِحْدَىٰ رجليه، أو جرحَهُ ولم يُزْمِنْهُ، وقتله الآخَرُ: فالسَلْبُ للثاني، ولو قطع الأوَّلُ يديه أو رجلَيْهِ أو إِحْدَىٰ يديه مع إِحْدَىٰ رِجْلَيْهِ، ثم قتله الثاني: ففيه قولان:

أحدهما: السَّلْبُ للأوَّلِ؛ لأنَّهُ عطَّله وجعله كالهالِكِ بقطْعِ الطرفَيْنِ؛ كما لو فَقَأَ عَيْنَيْهِ؛ ثم قتله الآخر ـ: كانَ السَّلَبُ للأوَّل؛ لأنّه عطَّلَهُ.

والقول الثَّاني: يكونُ السَّلَبُ للثاني؛ لأنَّ ٱمتناعه لا يَزُولُ إلاَّ بقطْع الأطرافِ الأربَعَةِ؛ فإِنَّهُ بعد قَطْعِ اليدَيْنِ يمكنه أَنْ يَعْدُوَ فيهرب ويجلب، وَبَعْدَ قَطْعِ الرجلين: يمكنُهُ أَنْ يركَبَ فيقاتِلَ بيدَيْهِ، ولو أسر كافرًا حيًا ـ: لم يكن له أن يقتله، بَلْ يدفعه إِلَى الإِمام، والإِمامُ فيه بالخيارِ بَيْنَ أن يَقْتُلَهُ أو يسْتَرِقَّهُ، أو يَمُنَّ عليه، أو يُفَادِيَهُ: فإِنْ مَنَّ عليه أو قتله ـ: فهل يستحقُّ الذي أَسَرَهُ سَلَبَهُ؟ فيه قولان.

أحدهما: لا يستحقُّ؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً، فَلَهُ سَلَبُهُ»، وهو لم يقتله.

والثاني: يستحقُّ؛ لأنَّه كفى شرَّه بِمَا هُوَ أصعَبُ عليه؛ لأنَّ أَسْرَهُ أَشَدُّ عليهِ مِنْ قتله.

وإِنْ ٱسترَقَّهُ الإِمَامُ أو فاداه بمالِهِ ـ: فهلْ تكونُ رقبته ومال الفداءِ لِمَنْ أَسَرَهُ أَمْ تكُونُ في الغنيمةِ؟ فعلَىٰ هٰذيْنِ القَوْلَيْنِ.

ولو كان قاتِلُ المُشْرِكِ في الحَرْبِ صَبِيًا أو عَبْدًا أَوْ ٱمْرأَةً ـ: هَلْ يستحقُّ السَّلَبَ؟ فيهِ وجهان:

= وازرة وزر أخرى﴾، وكيف يزجر إنسان بمنع آخر حقه؟.

(١) مُثْخناً: أي ثقلت عليه الجراح. والثَّخنُ: الثِّقَلُ من نَوْمٍ، أو إعياء، أو مرض. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٩٤).

(٢) يقال: أَزْمَنَهُ مأخوذ من: الزَّمانة، وهو مرض يدوم. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٠٣).

(٣) أخرجه البخاري (٦/ ٢٨٣ ـ ٢٨٤) كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب حديث (٣١٤١) ومسلم (٣/ ١٣٧٢) كتاب الجهاد والسير: باب استحقاق القاتل سلب القتيل حديث (٤٢/ ١٧٥٢).

أحدُهُمَا: يستحقُّ؛ كالحر البالغ.

والثاني: لا يستحقُّ؛ كما لا يستحقُّ السَّهْمَ من الغنيمة.

فإنْ قُلْنَا يَستحقُّ: فإن كان عبدًا ـ: يكونُ لسيِّده، وإنْ قلنا: لا تستحِقُّ المرأة: فإن كان خُنْثَىٰ ـ: يوقَفُ حتَّىٰ يتبيَّن حاله.

وإن كان[١] القاتلُ ذِمِّيًا ـ نُظِرَ: إنْ حضر بغير إذْنِ الإمام ـ: فلا يستحقُّ السَّلَبَ؛ كما لا يستحقُّ الغنيمةَ، وكذلك: كُلُّ مَنْ حضر مُخَذِّلاً[٢].

وإنْ حضر الذمِّيُّ بإذْنِ الإمام: فإن قلنا: (يرضَخُهُ)[٣] مِنْ بيت المالِ ـ: فلا يستحقُّ السَّلَبَ، وإن قلنا: من الغنيمةِ ـ: فكالعبد.

وإنْ كان المقتُولُ الكافرُ عبدًا أو أمرأةً أو مراهقًا: فإنْ كان لا يقاتلُ: لا يستحقُّ قاتله سَلَبَهُ، وإنْ كان يقاتلُ ـ: فعلىٰ وجهين:

أصحهما: يستحقُّ قاتِلُهُ سَلَبَهُ؛ لأنه كَفَىٰ شَرَّ قتاله.

والسَّلَبُ الذي يستحقُّهُ القاتِلُ هو: ما عليه مِنْ ثياب بَدَنِهِ مَعَ الخُفِّ (والرانَيْنِ)[٤]، وما كان عَلَيْهِ من جُبَّةِ الحَرْبِ كالدِّرْعِ والمِغْفَرِ[٥]، وما فِي يَدِهِ مِنَ السِّلاحِ والمركوب الذي يُقَاتِلُ عَلَيْهِ، وما عليه مِنَ السَّرْجِ وَاللِّجَامِ والمِقْوَدِ ونحوه، أما الجنيبة[٦] التي تُقَادُ بين يَدَيْهِ وَالدابَّةُ التي عليها ثِقْلُهُ والحَقِيبَةُ وما فيها مِنَ الدَّراهِمِ والأَمْتِعَةِ، والأسلحَةُ التي في رَحْلِهِ ـ: فلا يَستحقُّهَا.

---

(١) في ظ: ولو.

(٢) مُخَذِّلاً:

يقال: خَذَّله: أي: حمله على الفشل، وترك القتال.

ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٢٢١).

(٣) يرضَخُهُ:

الرضخ: أن يعطيه أقل من سهم المقاتل. والرَّضَخ: العطاء القليل.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٨٥).

(٤) الرَّانَيْنِ:

الرَّانُ: كالخف إلاَّ أنه لا تدم له، وهو أطول من الخُفِّ.

ينظر: ترتيب القاموس (٢/ ٤٢٤).

(٥) المِغْفَرُ:

زرد ينسج من الدروع على قدر الرأس، يلبس تحت القلنسوة. والجمع: مغافير.

ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٦٣).

(٦) الجنيبة: الناقة يعطيها الرجل غيره ليمتار له عليها. ينظر: المجمع الوسيط (١/ ١٣٩).

أما إذا كان نَازِلاً عَنْ فرسه مُمْسِكًا بلجامِهِ، فقاتل راجلاً ـ: فهو مِنَ السَّلَبِ؛ لأن الراجلَ يقاتِلُ تارةً راكبًا، وتارة راجلاً.

أَمَّا ما كان عليه ممَّا لا يُقاتِلُ به؛ كالطَّوْقِ[١] والسِّوَارِ[٢] والخَاتَمِ والمِنْطَقَةِ[٣] وما في وَسَطِهِ من الدَّنَانير للنَّفَقَةِ ـ: فهل يستحقُّها؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستحقُّها؛ لأنَّها علَىٰ بدنه كالثياب.

والثاني: لا يستحقُّها؛ لأنَّها للزينةِ، ليس من جبة الحرب.

وقيل في الجنيبة وجهان.

وهل يخمَّس السَّلَبُ؟ فيه قولان.

أصحُّهما: لا يخمَّس؛ لأنَّ النبي ـ ﷺ ـ جَعَلَهُ للْقَاتِلِ، فقال: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً، فَلَهُ سَلَبُهُ»[٤]؛ فكما اْخْتَصَّ القاتِلَ بِهِ منْ بين الغانمينَ: يختص بِهِ مِنْ بين أهل الخمس.

والثاني: يخمَّس؛ كسائر الغنيمة، فخمسه لأهْلِ الخمسِ، والباقي للقاتِلِ.

فَصْلٌ في هل للأمير أن ينفل بعض الغزاة

رُوِيَ عَنِ اْبْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ «كَانَ يَنْفُلُ بَعْضَ مَنْ يَبْعَثُ مِنَ السَّرَايَا لِأَنْفُسِهِمْ خَاصَّةً سِوَىٰ قِسْمِ عَامَّةِ الجَيْشِ»[٥].

---

(١) الطَّوْقُ: حَلْي للعنق وكل ما استدار بشيء والجمع: أطواق.
ينظر: ترتيب القاموس (٣/ ١١٠).

(٢) السِّوارُ: حلية من الذهب مستديرة كالحلقة تلبس في المِعصم، والجمع: أسورة وأساور.
ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٦٤).

(٣) المِنْطَقَةُ: ما يشدُّ به الوسط.
ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٩٣٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخاري (٦/ ٢٣٧): كتاب فرض الخمس ـ باب ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين. حديث (٣١٣٤) ومسلم (٣/ ١٣٦٨) كتاب الجهاد والسير ـ باب الأنفال ـ حديث (٣٥/ ١٧٤٩).
وأحمد (٢/ ٦٢/ ١٥٦).
والدارمي (٢/ ٢٢٨) كتاب السير: باب في أن النفل مع الإمام، والنحاس في «الناسخ والمنسوخ» ص (١٥٣) والبيهقي (٦/ ٣١٢) كتاب قسم الفيء باب الوجه الثاني من النفل والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٦١٩ بتحقيقنا) كلهم من طريق مالك وهو في الموطأ (٢/ ٤٥٠) كتاب الجهاد: باب جامع النفل في الغزو، حديث (١٥) عن نافع عن ابن عمر.
وأخرجه البخاري (٧/ ٦٥٣) كتاب المغازي: باب السرية التي قبل نجد، ومسلم (٣/ ١٣٦٩) =

يجوزُ للإمامِ أو لأميرِ الجَيْشِ: أن يَنْفُلَ بَعْضَ الغزاةِ مِنَ الغنيمةِ باجتهادِهِ؛ لزيادة غنًى أو كفايةٍ تكونُ فيهم مثل: أن [يأجر واحدًا][1] بقتل كافرٍ، أو جماعةً بفَتْحِ حِصْنٍ أو حفْظِ ممكَن، أو تجسَّسَ خبر، أو دلالَةٍ عَلَىٰ طريقٍ؛ فيعطيهم شيئًا زائدًا من الغنيمةِ عَلَىٰ ما يعطى القَوْم؛ سواءٌ عَيَّنَ واحدًا أو جماعةً [لذلك الأمر]، أو لم يُعَيِّنْ، بل قال: مَنْ تقدَّم في سريَّة كذا ـ: فَلَهُ كَذَا، أو مَنْ فَتَحَ الحِصْنَ الفلانيَّ ـ: فله كذا. وإنَّما يجوزُ ذلك، إذا دَعَتِ الحاجَةُ إليه؛ فإن كان من المسلمينَ قِلَّةٌ، وفي الكفَّار كَثْرَةٌ؛ فيحتاجُ إلى بَعْثِ السرايَا، وحِفْظِ المَكَامِنِ، فإنْ لم يَحْتَجْ إليه؛ لكثرة المسلمينَ وقوَّتهم ـ: فلا يَنْفُلُ، بل يتلقاهم ويتأخرهم.

وليس للنَّفْلِ تقديرٌ؛ بل تقديرُهُ إِلَىٰ اجْتِهَادِ الإمَامِ: يشترطه علَىٰ قَدْرِ عملِ العاملِ؛ فقد رُوِيَ عَنْ عُبَادَةَ بِنْ الصَّامت؛ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ «نَفَلَ في البُدَاءَةِ الرُّبُعَ، وفي الرَّجْعَةِ الثُّلُثَ»[2].

= كتاب: الجهاد والسير: باب الأنفال، وعبد الرزاق (٥/ ١٩٠) رقم (٩٣٣٥) والحميدي (٢/ ٣٠٥) رقم (٦٩٤) والبيهقي (٦/ ٣١٢) من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر.

وأخرجه أيضاً مسلم (٣/ ١٣٦٨) كتاب: الجهاد والسير: باب الأنفال (٣٧/ ١٧٤٩) وأبو داود (٢/ ٨٧) كتاب الجهاد: باب في نفل السرية تخرج من المعسكر (٢٧٤٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٤١) من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٣٦٨) كتاب الجهاد والسير: باب الأنفال (٣٦/ ١٧٤٩) وأبو داود (٢/ ٨٧) كتاب الجهاد: باب في نفل السرية (٢٧٤٤) والبيهقي (٦/ ٣١٢) من طريق الليث عن نافع عن ابن عمر.

وأخرجه أيضاً مسلم (٣/ ١٣٦٩) كتاب الجهاد والسير: باب الأنفال من طريق ابن عون وأسامة بن زيد وأبو داود (٢٧٤١) من طريق شعيب بن أبي حمرة، (٢٧٤٣) من طريق محمد بن اسحق وعبد الرزاق (٥/ ١٩٠) رقم (٩٣٣٦) من طريق عبد الله بن نافع وأبو يعلى (١/ ١٩٥) رقم (٥٨٢٦) من طريق جويرية كلهم عن نافع عن ابن عمر به.

(١) في د: يأمره أحد.

(٢) أخرجه الترمذيّ (٤/ ١١٠) كتاب السير: باب في النفل، حديث (١٥٦١) وابن ماجه (٢/ ٩٥١) كتاب الجهاد: باب: النفل، حديث (٢٨٥٢) وأحمد (٤/ ٣١٩ ـ ٣٢٠) وعبد الرزاق (٥/ ١٩٠) رقم (٩٣٣٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٤٠) والبيهقي (٦/ ٣١٣) من طريق مكحول عن أبي سلام عن أبي أمامة عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ كان ينفل في البدأة الربع وفي القفول الثلث.

وقال الترمذي حديث حسن. والحديث شاهد من حديث حبيب بن مسلمة.

أخرجه أحمد (٤/ ١٦٠) وأبو عبيد في الأموال ص (٣٩٦) حديث (٨٠٠) وأبو داود (٣/ ١٨٢): كتاب الجهاد: باب فيمن قال الخمس قبل النفل، حديث (٢٧٤٩) وابن ماجه (٢/ ٩٥١ ـ ٩٥٢): كتاب الجهاد: باب النفل ـ حديث (٢٨٥٣) وابن الجارود ص (٣٦١ ـ ٣٦٢): باب نفل السرايا بعد الخمس بعدما أصابوا ـ حديث (١٠٧٩) والحاكم (٢/ ١٣٣): كتاب قسم النفل: باب تنفيل الربع في البداءة والثلث في الرجعة.

والدارمي (٢/ ٢٢٩) كتاب السير: باب النفل بعد الخمس.

والحميدي (٢/ ٣٨٤) رقم (٨٧١) وعبد الرزاق (٩٣٣١، ٩٣٣٢، ٩٣٣٣) وسعيد بن منصور =

فالبداءَةُ: أن يَقْصِدَ الإمامُ دُخُولَ دارِ الحَرْبِ؛ فيبعث قومًا أَمَامَ الجُنْدِ ينظرون لهم.

والرَّجْعَةُ: أَنْ يَرْجِعَ عَنْ دَارِ الحربِ، فيردّ قومًا إِلَىٰ العَدُوِّ يَحفظونهم عن أَتْبَاعِ المؤمِنِينَ والكَيْدِ بهم، وجعل النفل في الرَّجْعَةِ أكثر؛ لأن خوفهم أكثرُ، وبلاءهُمْ أَشَدُّ؛ لانصرافِ الإمامِ عنهم، وشَوْقُهُمْ إِلَىٰ أوطانِهِمْ أكثر؛ لطُولِ المقام، وفي البداءةِ: يكُون الإمامُ وراءَهُمْ؛ فلا يكونُ عليهم مِنَ الخَوْفِ ما يكُونُ في الرجعة.

ويجُوزُ أَنْ يزيدَ على الثُّلْثِ، وينقص عن الرُّبُع عَلَىٰ ما يراه بأجتهاده، وَيُجُوزُ شَرْطُ النَّفْلِ مِنْ مالِ المُسْلِمِينَ، ويجوزُ مِنَ المَالِ الذي يُؤْخَذُ من المشركينَ، وإن[1] شرط النَّفْلَ مِنْ مَالِ المسلمين ـ: ، فيكون من خُمْسِ الخُمْسِ سَهْم النبيِّ ـ ﷺ ـ لأَنَّهُ للمصالح.

قال سعيدُ بْنُ المُسَيِّب: كان النَّاسُ **يُعْطَوْنَ النَّفَلَ** مِنَ الخُمُس.

ويشترطُ أَنْ يَكُونَ معلومًا، ولا يجوز مجهـولاً ؛ لأنه عوضٌ في عَقْدٍ، وإنْ كان مِنْ مال الكفار، وممَّا يغنم ـ: يجوزُ مجهولاً؛ كما جعل النبيُّ ـ ﷺ ـ الرُّبُعَ والثُّلُثَ في البداءة والرجعة.

ويكونُ ذلك من الخُمُسِ أو مِنْ رَأسِ الغنيمةِ؟ فيه قولان:

أحدهما: من الخمسِ؛ لحديث سعيد قال الشَّيْخُ ـ رحمه الله ـ: معنى الحديثِ: نفل الثلث والربع مِنْ سَهْم المصالِحِ من الخمس.

والثاني أن يكون النَّفْلُ من رَأسِ مالِ الغنيمة، [ثم يُخَمَّس الباقي.

وقيل: مِنْ أربعةِ أخماسِ الغنيمة][2]، ومعنى الحديثِ: شَرَطَ لهم ثلاثة أربعةِ أخماسِ الغنيمةِ، أو ربعها، فعَلَىٰ هٰذا: يكونُ الباقي للغانمين.

أَمَّا إذا قال الإِمَامُ قَبْلَ الحَرْبِ: مَنْ أَخَذَ شيئًا ـ: فهو له بعد الخمس [**أَوْمَأَ فيه**][3] إلى قولين.

أحدُهُما: يصحُّ الشَّرْطُ؛ وهو قولُ أبي حنيفةَ؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ يَوْمَ بَدْرٍ: «مَنْ أَخَذَ شَيْئًا: فَهُوَ لَهُ»[4].

= (٢/ ٣٠٦ ـ ٣٠٧) رقم (٢٧٠١) وابن حبان (١٦٧٢ ـ موارد) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٣٩) والبيهقي (٦/ ٣١٤) كتاب قسم الفيء والغنيمة: باب النفل بعد الخمس. والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٦١٨ بتحقيقنا) من طرق كثيرة عن مكحول عن زياد بن جارية عن حبيب بن مسلمة به.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

وصححه ابن حبان.

(١) في د: فإن.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: وما فيه.

(٤) تقدم تخريجه.

والثاني وهو الأَصَحُّ ـ: لا يصحُّ هذا الشرطُ، بل يَشْتَرِكُ فيما أخذ جميعُ مَنْ شَهِدَ الوَقْعَةَ، والحديثُ غَيْرُ ثابتٍ، ولئن ثَبَتَ ـ: كانَتْ الغنائم يَوْمَ بدرٍ لرسول الله ـ ﷺ ـ خاصَّةً: يفعل فيها ما يشاء.

بابُ: تَفْرِيقِ الغَنِيمَةِ

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لله خُمُسَهُ. . .﴾ [الأنفال: ٤١]. الآيَةَ.

ما أخذ المسلمونَ مِنَ الكُفَّار مِنَ الأَمْوَالِ بإيجافِ الخَيْلِ والرِّكَابِ ـ: يجبُ إخراجُ الخمسِ مِنْهُ بَعْدَ أَنْ يُعْطَىٰ السَّلَبُ للقَاتِلِ، ثم يقسَّم الباقي بَيْنَ الغانمين، سواءٌ كان قليلاً أو كثيرًا، منقولاً كان أو عَقَارًا.

وعند أبي حنيفة: يتخيَّر الإمامُ في العَقَارِ بَيْنَ أن يقسِّمه كالمنقول، وبَيْنَ أن يرده إلَيْهم، وبَيْنَ أن يقفه على المصالحِ؛ فظاهر القرآن حجة عليه[1].

---

(١) «حكم الغنيمة»: المال المغنوم من الكفار إمّا أن يكون عقاراً أو منقولاً وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز المنّ بالمنقول استقلالاً على الكفار، بل يكون ملكاً للمسلمين يجب تخميسه كما ورد في قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ﴾ الآية. وقال الحنفية: يجوز المنّ به تبعاً كأدوات الزراعة بالقدر الذي يهيىء لهم العمل في الأرض وذلك لتوقف منفعة الأرض على الآلات. وأما العقار فقد اختلفوا فيه على المذاهب الآتية:

فالشافعية، وأحمد في رواية عنه يرون أنه يجب قسمته بين الغانمين كالمنقول، ولا يجوز المَنُّ به على الكفار.

والمالكية، وأحمد في رواية أخرى يرون أنه يترك لجميع المسلمين على أن يؤخذ خراجه ممّن هو في يده، ويصرف في مصالح المسلمين، ولا يختص أحد بملك شيء منه، وهذا عند المالكية في غير الدور، أما هي فالمعتمد أنها لا تقسم.

ويرى الحنفية أن الإمام مخير فيه بين القسمة على الغانمين وبين أن يمنّ به على أهله تمليكاً لهم في مقابل ضرب الجزية عليهم والخراج على الأرض، ويكونون أحراراً ذمة للمسلمين.

ويرى الحنابلة في رواية ثالثة أن الإمام مخير بين قسمتها على الغانمين، وبين وقفها على جميع المسلمين، وضرب الخراج عليها. قالوا: وهي ظاهر المذهب.

استدل الشافعية بما يأتي:

أولاً ـ قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ للهِ خُمُسَهُ﴾ الآية. فأضاف الغنيمة إلى الغانمين، وأخرج منها الخمس لأهله فبقيت الأخماس الأربعة للغانمين. وهذا حكم ما حصل من الغنائم من أهل دار الحرب قل أو كثر عقاراً أو منقولاً، ولو جاز أن يدعي الخصوص في الأرض لجاز أن يدعي في غيرها فيبطل حكم الآية.

ثانياً ـ ما رواه أحمد، ومسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّما قَرْيَةٍ أَتَيْتُمُوهَا فَأَقَمْتُمْ بِهَا =

. . . .

= فَسَهْمُكُمْ فِيهَا، وَأَيُّمَا قَرْيَةٍ عَصَتِ الله وَرَسُولَهُ فَإِنَّ خُمْسَهَا للهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ» وهذا الحديث صريح في أن أرض العنوة حكمها حكم سائر الأموال المغنومة، وإن خمسها لأهل الخمس وأربعة أخماسها للغانمين، وما حصل من سيدنا عمر لم يكن حبساً لأرض العراق ابتداء، بل قسمها بين الغانمين ثم استطاب نفوسهم في تركها للمسلمين ينتفع بها أولهم وآخرهم.

واستدل المالكية بما رواه مالك رضي الله عنه قال: «بَلَغَنِي أَنَّ بِلاَلاً وَأَصْحَابَهُ سَأَلُوا عُمَرَ فِي قِسْمِ الأَرْضِ الْمَأْخُوذَةِ عُنْوَةً فَأَبَى ذَلِكَ عَلَيْهِمْ، وَكَانَ بِلاَلٌ مِنْ أَشَدِّ النَّاسِ عَلَيْهِ كَلاماً فَزَعَمَ مَنْ حَضَرَ ذَلِكَ أَنَّ عُمَرَ دَعَا عَلَيْهِمْ فَقَالَ: اللَّهُمَّ اكْفِنِيهِمْ فَلَمْ يَأْتِ الحَوْلُ وَوَاحِدٌ مِنْهُمْ حَيٌّ».

قالوا ولم ينكر أحد من الصحابة على عمر، وتلاه عثمان، وعلي في ذلك. وقد غنم عليه الصلاة والسلام غنائم وأراضي فلم ينقل أنه قسم منها إلا خيبر ـ ولعل ذلك لمصلحة اقتضت ذلك لم نعلمها ـ وهذا إجماع من السلف.

واستدل الحنفية بأن النبي ﷺ قسم أرض خيبر ولم يقسم عمر أرض الشام، والعراق، بل أقر أهلها عليها، وضرب عليها الخراج، ووافقه الصحابة، وقال عمر تَبْريراً لِعَدَمِ قِسْمَتِها: «أَمَا والَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلاَ أَنْ أَتْرُكَ آخِرَ النَّاسِ بَيَّاناً لَيْسَ لَهُمْ مِنْ شَيْءٍ مَا فُتِحَتْ عَلَيَّ قَرْيَةٌ إلاَّ وَقَسَّمْتُها كَمَا قَسَّمَ رَسُولُ الله ﷺ خَيْبَرَ، وَلَكِنِّي أَتْرُكُها خَزَانَةً لَهُمْ يَقْتَسِمُونَها» فدلَّ هذان التصرفان على أن الإمام مخيَّر بين القسمة وبين إقرار أهلها عليها، وذلك تبعاً لما يراه من المصلحة. وقد قسم النبي ﷺ بين الغانمين وتركها عمر لتكون عدة للنوائب بما يؤخذ عليها من الخراج.

واستدلَّ الحنابلة بأن كلًّا من القسمة والوقف ثبت فيه الحجة عن النبي ﷺ فإنه قسم نصف خيبر، ووقف نصفها، وبأن عمر قال: «لَوْلاَ آخِرِ النَّاسِ لَقَسَّمْتُ الأَرْضَ كَمَا قَسَّمَ رَسُولُ الله ﷺ خَيْبَرَ» فقد وقف الأرض مع علمه بفعل النبي ﷺ فدلّ على أن فعله لم يكن متعيناً كيف والنبي ﷺ قد وقف نصف خيبر ولو كانت متعينة للغانمين لم يقفها، قال أبو عبيد: تواترت الأخبار في افتتاح الأرض عنوة بهذين الحكمين: حَكَمَ رَسُولُ الله ﷺ في خيبر حين قسمها وبه أشار بلال، وأصحابه في أرض الشام، والزبير في أرض مصر، وحكم عمر في أرض السواد حين وقف وبه أشار عليّ، ومعاذ على عمر، فدلّ هذا على أن النظر في المسألة إلى الإمام فما رأى فيه المصلحة فعله.

ورد على الشافعية أن دعوى الخصوص في الأرض لدليل قام عليه، وهو فعل عمر رضي الله عنه مع موافقة الأصحاب له. لا يستدعي جوازه في غير الأرض لعدم الدليل عليه فلا يبطل حكم الآية كما يقولون. وحديث أبي هريرة يرد عليه احتمال أن المصلحة إذ ذاك كانت تقضي بقسمتها بين الغانمين، وقد فهم ذلك عمر رضي الله عنه، ولم يقسم أرض العراق، والشام، بل تركها وقفاً لجماعة المسلمين، وقول الشافعية أن عمر رضي الله عنه استطاب نفوس الغانمين الذين افتتحوا أرض السواد مدفوع بأنهم كانوا يقولون ـ وهو يقول ـ حتى ظهرت حجته ووافقه جمهور الصحابة، ومثل هذا لا يكون في الاستطابة وعدمها.

وقد يقال من جانب الشافعي: إن آية الأنفال وآية الحشر متواردتان على شيء واحد، وإن الجميع يسمَّى فيئاً وغنيمة، قال فيه الشوكاني «ولكنه يرد عليه أن ظاهر سوق آية الحشر أن الفيء غير الغنيمة وأنَّ له مصرفاً عامّاً ولذلك قال عمر: إنها عمت الناس بقوله: ﴿والَّذِينَ جَاؤُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ ولا يتأتى حصة =

أَمَّا الآدمِيُّونَ: إذا وَقَعُوا في الأَسْرِ ـ نُظِرَ: إنْ كان صبيًّا أو مجنونًا أو رقيقًا أو امرأةً، صاروا أرقَّاءَ بِنَفْسِ الأَسْرِ، ولا يجوزُ قتْلُهُمْ، ويقسَّمون كسائر الأموالِ؛ فإنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ [قَسَّمَ][1] سَبْيَ بَنِي المُصْطَلِقِ، واصْطَفَىٰ صَفِيَّةَ مِنْ سَبي خَيْبَرَ[2].

= لمن جاء من بعدهم إلاّ إذا بقيت الأرض متروكة للمسلمين، إذ لو استحقها المباشرون للقتال، وقسمت بينهم توارثها ورثة هؤلاء فكانت القرية أو البلد تصير إلى امرأة أو صبيّ صغير».

ونوقش مذهب المالكية القاضي بالوقف لا غير بأن قول عمر رضي الله عنه: «والَّذي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلاَ أَنْ أَتْرُكَ آخِر النَّاسِ بَيَّاناً لَيْسَ لَهُمْ مِنْ شَيْءٍ مَا فُتِحَتْ عَلَيَّ قَرْيَةٌ إلاَّ قَسَّمْتُهَا كَمَا قَسَّمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ خَيْبَرَ، وَلَكِنْ اتْرُكُهَا خِزَانَةً لَهُمْ يَقْتَسِمُونَهَا» صريح في أن الإمام مخيَّر بين القسمة وبين تركها محبوسة للمسلمين.

وما استدلوا به لا يدل على تعين الوقف وإنما كان ما فعله عمر للمصلحة التي رآها، وليس فيه ما يدل على أن الحكم خاص به كما هو صريح قوله المتقدم.

وقيل للحنفية أن ما استدللتم به من فعل الرسول ﷺ، والأصحاب صحيح، ودل على التخيير بين القسمة والترك بيد أهلها، ولكن بقي أن ذلك الترك يحتمل أن يكون على سبيل الملكية لأهلها كما تدعون، ويحتمل أن يكون وقفاً على جميع المسلمين، وليس ملكاً لأحد منهم، كما أنه ليس ملكاً لأهلها كما يرى غيركم. وليس لكم دليل على أنها تترك ملكاً لأربابها فلم يتم لكم الدليل على مدعاكم، وهو أنها تترك ملكاً لهم، كيف وعبارة عمر صريحة واستبقائها وقفاً لنوائب المسلمين وإعانة للذين يجيئون بعد، وهذا لا يقتضي ثبوت الملك لأهلها فيحتاج إلى دليل. وقال في فتح الباري: «وقد اشتد نكير كثير من فقهاء الحديث لمقالة الكوفيين، وهي أنها تبقى ملكاً لمن كان بها من الكفرة».

وقد جاء في القرطبي قوله: «غير أن الكوفيين زادوا على ما فعل عمر فإن عمر إنما وقفها على مصالح المسلمين، ولم يملكها لأهل الصلح، وهم قالوا إن للإمام أن يملكها لأهل الصلح».

ومن هذه المناقشة يتبين:

أولاً: إن عمر، والأصحاب قد استقر لديهم أن حكم آية الأنفال ليس محتماً في العقار لدلالة آية الحشر على جواز إبقائها لمن بعد الغانمين.

ثانياً: إن ما فعله عمر لم يكن إلاّ توجيهاً للحكم في المسألة وإنه مبني على ما يراه الإمام من المصلحة لا على استطابة نفوس الغانمين.

ثالثاً: إن عمر مع حكمه بترك الأرض للمسلمين يرى جواز قسمتها بين الغانمين متى لم تدع حاجة إلى تركها للمسلمين.

رابعاً: إنه لم يقم دليل على ثبوت الملكية لمن تركت الأرض بأيديهم، بل ظاهر الأدلة يعطي أن المسلمين يملكون كل ما يحصلون عليه من الكفار بحكم الغنيمة، فلم يبق للكفار ملكية لها، ولم يوجد ما يدل على أن تركها بيدهم كان إعادة لملكيتهم إياها.

وبهذا كله نستطيع أن نخرج من المسألة بترجيح مذهب الحنابلة الماثل في الرواية الثالثة التي قال عنها علماء الحنابلة أنها ظاهر المذهب، وأنها أولى بالقبول من بين رواياته الثلاث وحاصلها أن الإمام مخيَّر بين القسمة على الغانمين وبين تركها وقفاً على مصالح المسلمين.

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٩٨) كتاب الخراج والإمارة والفيء باب ما جاء في سهم الصفي حديث (٢٩٩٤) =

أمَّا ٱلرِّجَالُ الأحرارُ [الْعَاقِلُونَ][(١)] الْبَالِغُونَ: لا يصيرُونَ أرِقَّاءَ بِنَفْسِ الأَسْرِ، ثم يُنْظَرُ: إن كانوا عجمًا ـ: يتخيَّر الإمامُ فيهم بين أربعةِ أشياءَ، سواءٌ كانوا من أهْلِ كتابٍ أو مِنْ أَهْلِ الأوثانِ: إنْ شاء قَتَلَهُمْ، وإن شاء ٱسْتَرَقَّهم، وإنْ شاء مَنَّ عليهم فخلَّىٰ سبيلهم، وإنْ شاء فاداهم، وليس هذا بٱختيارِ شَهْوَةٍ، بل ٱختيار ٱجتهادٍ؛ فيجتهدُ حتَّىٰ يختارَ ما هو الأنظر للمسلمين، فإنْ وَقَفَ به ٱلاجْتهادُ ـ: حبسهم إلَىٰ أن يَرَىٰ فيهم رَأْيَهُ، وإنْ كانوا عربًا: فهلْ يجُوزُ ٱسترقاقُهُمْ؟ فيه قولان:

قال في الجديدِ: يجوزُ ٱسترقاقُهُمْ، وهو الصحيحُ؛ لأنَّ مَنْ جاز المَنُّ عليه والمفاداةُ في الأسرِ ـ: جاز ٱسترقاقُهُ كغير العَرَبِيِّ.

وقال في «القديم»: ـ لا يجوزُ استرقاقُ العربيِّ؛ لما رُوِيَ أنَّ النَّبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ يَوْمَ حُنَيْنٍ: «لَوْ كَانَ الاسْتِرْقَاقُ ثَابِتًا عَلَىٰ العَرَبِ: لَكَانَ اليَوْمَ؛ إِنَّمَا هُوَ إِسَارٌ وفِداءٌ»[(٢)].

وعند أبي حنيفة: إذا وَقَعَ الرِّجَالُ في الأَسْرِ ـ: جاز قتلُهُمْ وٱسترقاقُهُمْ، ولا يجوزُ المَنُّ والفداء.

وقال أبو يوسُفَ: لا يجُوزُ المَنُّ، ويجوزُ الفداءُ.

والدليلُ عَلَىٰ جَوَازِهِ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ وَرُوِيَ: «أَنَّ النَّبيَّ ـ ﷺ ـ مَنَّ عَلَىٰ أَبِي عَزَّةَ الجُمَحِيِّ يَوْمَ بَدْرٍ، وَقَتَلَهُ يَوْمَ[(٣)] أُحُدٍ، وَمَنَّ بَعْدَهُ عَلَىٰ ثُمَامَةَ بْنِ أُثَالٍ الحَنَفِيِّ. ورُوِيَ عَنْ عِمْرَانَ بن حُصَيْنٍ؛ قَالَ: أَسَرَ أَصْحَابُ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ رَجُلاً مِنْ بَنِي عَقِيلٍ، وَكَانَتْ ثَقِيفٌ قَدْ أَسَرَتْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبيِّ ـ ﷺ ـ فَفَدَاهُ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ بِالرَّجُلَيْنِ اللَّذَيْنِ أَسَرَتْهُمَا ثَقِيفٌ»[(٤)].

= والحاكم (٢/ ١٢٨) كتاب قسم الفيء وابن حبان (٢٢٤٧ ـ موارد) والطبراني في «الكبير» (٢٤/ ٦٦) رقم (١٧٥) والبيهقي (٦/ ٣٠٤) كتاب قسم الفيء والغنيمة: باب سهم الصفي.

من حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: «كانت صفية من الصَّفيّ» وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. وصححه أيضاً ابن حبان.

وأخرجه أبو داود (٣/ ٣٩٧): كتاب الخراج والإمارة والفيء ـ باب ما جاء في سهم الصَّفي ـ حديث (٢٩٩٣) والبيهقي (٦/ ٣٠٤) كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب سهم الصفي. من مرسل قتادة.

قال: «كان رسول الله ﷺ إذا غزا كان له سهم صاف يأخذه من حيث شاء فكانت صفية من ذلك السهم، وكان إذا لم يغزُ بنفسه ضرب له بسهم ولم يخير».

(١) سقط في د.

(٢) ينظر تلخيص الحبير (٤/ ١١٧).

(٣) أخرجه البيهقي (٩/ ٦٥) كتاب السير: باب ما يفعله بالرجال الغانمين منهم.

(٤) أخرجه أحمد (٦/ ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣٢) ومسلم (٣/ ١٢٦٢): كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله، حديث (٨/ ١٦٤١) وأبو داود (٣/ ٦٠٩ ـ ٦١٠ ـ ٦١١ ـ ٦١٢) كتاب الإيمان والنذور ـ باب في =

فإن اختار القَتْلَ ـ: قتلهم بِحَزِّ الرَّقَبَةِ، بلا قَطْعِ عُضْوٍ؛ لقوله تَعَالَىٰ: ﴿فَضَرْبَ الرِّقَابِ﴾ [محمد: ٤]، وقَتَلَ النبيُّ ـ ﷺ ـ يَوْمَ بَدْرٍ النَّضْرَ بْنَ الحَارِثِ وَعُقْبَةَ بْنَ أَبِي مُعَيْطٍ، ورُوِيَ عَنْ بُرَيْدَةَ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ كَانَ إِذَا أَمَّرَ أَمِيرًا عَلَىٰ جَيْشٍ أَوْ سَرِيَّةٍ، قَالَ: «اغْزُوا بِاسْمِ الله في سَبِيلِ الله، قَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِالله، لاَ تَغْدِرُوا، وَلاَ تَغُلُّوا، وَلاَ تُمَثِّلُوا، وَلاَ تَقْتُلُوا وَلِيدًا»[1] وإن اسْترقَّهم فهم كسائرِ أموالِ الغنيمة.

وهل يَجُوزُ أن يسترقَّ مِنْ شخصٍ واحدٍ بعضَهُ؟ فيه وجهان؛ بناءً عَلَىٰ أَنَّ أحد الشريكَيْنِ إِذَا اسْتَوْلَدَ الجَارِيَةَ المشترَكَةَ، وهو مُعْسِرٌ: هل يكونُ الوَلَدُ كلُّه حُرًّا أَمْ يكُونُ بِقَدْرِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ رقيقًا؟ فيه قولان.

فإن لم نجوِّز: فإذا ضرب الرِّقّ عَلَىٰ بعضه ـ: كان كلُّه رقيقًا.

وإن اختار الفداء ـ: يجوز أن يَفْدِيَهُمْ بالمالِ، سلاحًا كان أو غيره، ويجوزُ بأسارى المسلمينَ فيردّ مشركًا بمسلمٍ، أو مُشْرِكَيْنِ بِمُسْلِمٍ، وإِنْ كانَتْ أَسْلِحَتُنَا في أَيْدِيهِمْ ـ: جاز أن يفديَهُمْ بها، وإن كانت أسلحتُهُمْ في أيدينا ـ: لا يجوزُ رَدُّهَا بالمالِ؛ كما لا يَجُوزُ بَيْعُ السلاح [منهم][2]، وهل يَجُوزُ ردُّها بأسارى المسلمين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجُوز؛ لأنَّ السِّلاحَ يعينُهُمْ على قتالنا، والمُسْلِمُ لا يُعِينُهُمْ.

والثاني: يجوزُ؛ لأنَّ استعمالهم السِّلاَحَ في قتالِنَا موهُومٌ، ومَذَلَّة المسلم في أيدِيهِمْ يقينٌ، وإذا فاداهم بالمالِ ـ: يكونُ ذلك المالُ من الغنيمةِ، وإنْ وقع في الأسْرِ واحدٌ منهم،

= النذر فيما لا يملك ـ حديث (٣٣١٦) والترمذي (٣/ ٤٠، ٤٢): كتاب النذور والأيمان، باب أن النذر في معصية، حديث (١٥٦٢) وباب لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ـ حديث (١٥٦٦) والنسائي (٧/ ١٩) كتاب الأيمان والنذور، باب النذر فيما لا يملك وابن ماجه (١/ ٦٨٦): كتاب الكفارات ـ باب النذر في المعصية ـ حديث (٢١٢٤) والبيهقي (١٠/ ٧٥) كتاب النذور ـ باب ما يوفى به من النذر وما لا يوفى.

ولفظ الترمذي والنسائي وابن ماجه مختصراً بذكر المرفوع من قوله ﷺ.

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٣٥٨) ومسلم (٣/ ١٣٥٧): كتاب الجهاد ـ باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ـ حديث (٣/ ١٧٣١) وأبو داود (٣/ ٨٣): كتاب الجهاد ـ باب في دعاء المشركين ـ حديث (١٦١٢) والترمذي (٣/ ٨٥): كتاب السير ـ باب ما جاء في وصية النبي ﷺ في القتال ـ حديث (١٦٦٦).

وابن ماجه (٢/ ٩٥٣): كتاب الجهاد ـ باب وصية الإمام ـ حديث (٢٨٥٨) والبيهقي (٩/ ٦٩): كتاب السير ـ باب قتل المشركين بعد الأسار بضرب الأعناق دون المثلة. عنه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال: اغزوا بسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً».

وقال الترمذي حسن صحيح.

(٢) سقط في د.

فَشَكَّ الإمامُ في بلوغِهِ ـ: يكشفُ[١] عن مُؤْتَزَرِهِ: فإن أنبت فهو بالغٌ، وإلاَّ فهو صبيٌّ؛ رُوِيَ عَنْ عَطِيَّةَ القُرَظِيِّ، قَالَ: «عُرِضْنَا عَلَىٰ النَّبِيِّ - ﷺ - يَوْمَ قُرَيْظَةَ، فَكَانَ مَنْ أَنْبَتَ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ خُلِّيَ سَبِيلُهُ، فَكُنْتُ مِمَّنْ لَمْ يُنْبِتْ فَخُلِّيَ سَبِيلي»[٢].

فإنْ وجد واحد قَدْ أنبت فقال: إِنِّي لَمْ أَبْلُغْ، وأَنْبَتُّ بالعلاجِ ـ: قُبِلَ قوله مع يمينِهِ، وإنَّما قَبِلْنَا يمينَهُ، وهو يَزْعُمُ أنه صبيٌّ، والصبيُّ لا يمينَ له؛ نظرًا للمسلمين؛ ليكون خَوْلاً لهم، ولأنَّ معه أمارةُ البُلُوغِ، وهو الإنْبَاتُ، وهذا بِخلافِ ما لو ٱدَّعَىٰ عَلَىٰ مراهِقٍ شيئًا، أو ادَّعَىٰ أنّه بالِغٌ، وهو ينكرُ بلوغَهُ ـ: لا يُحلَّفُ لأنَّهُ لا دليلَ على بلوغِهِ، ولو لم يحلف ـ: لا يثبتُ عليه شيء، وههنا: إِنباته دليلُ بلوغه، ويحكَمُ [عليـه]، لو لم يحلف.

قال أصحابُنَا، وهذا عَلَىٰ قولنا: إن الإنباتَ في الكفارِ علامَةُ البلوغِ، فإنْ جعلْنَاهُ حقيقةَ البلوغِ ـ: فلا يقبلُ قوله، ويجري عليه حُكْمُ البالغين.

ولو أسلم واحدٌ منهم ـ: قُبِلَ أن يقع في الأَسْرِ ـ: فهو حُرٌّ، وقد أحرز جميع مالِهِ[٣]، عقارًا كان أو منقولاً، سواءٌ كان في دارِ الحَرْبِ أو في دار الإسلام، وأَحْرَزَ أولادَهُ الصغار والمجانين؛ فلا يَجُوزُ سَبِيُلُهُمْ، ويحكَمُ بإسلامِهِمْ تَبَعًا [له][٤]؛ لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - حَاصَرَ بَنِي قُرَيْظَةَ، فَأَسْلَمَ ٱبْنَا سَعيه: ثَعْلَبَةُ وَأُسَيْدٌ؛ فَأَحْرَزَ لَهُما إِسْلاَمُهُمَا أَمْوَالَهُمَا وَأَوْلادَهُما الصِّغَار».

وهل يَحْرِزُ وَلَدَ ولده؟ فيه وجهان:

وقِيلَ: الوجهانِ فيما إِذَا كان أبوه حَيًّا؛ فإنْ كان أبوه ميتًا ـ: يحرزُ[٥]، وإن كان له ولدٌ بَلَغَ عاقلاً، ثمَّ جُنَّ ـ: هل يحرزه؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: يُحْرِزُهُ؛ كالذي بَلَغَ مجنونًا.

وعند أبي حنيفة: يُحْرِزُ مِنْ أمواله المنقولَ دُونَ العَقَار.

فأما إذا أسلم واحد منهم بَعْدَ ما وقع في الأسرِ قَبْلَ أَنْ يرى الإمامُ فيهِمْ رأيَهُ ـ: حَرُمَ قَتْلُهُ.

أَمَّا ٱلْاسْتِرْقَاقُ: فقد قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في كتاب «السِّيَرِ»: وإِنْ أسلموا بَعْدَ الإِسَارِ ـ: رَقُّوا، ٱختلف أصحابنا فيه.

---

(١) في أ: يكشف الإمام.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في أ: أمواله.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: يجوز.

منهُمْ من قال: يصيرُ رقيقًا بنفْسِ الإِسْلامِ، لأنَّهُ أسيرٌ حَرُمَ قتله؛ فكان رقيقًا؛ كالصبيان والنسوان.

ومنْهُمْ مَنْ قال: لا يصيرُ بنَفْسِ الإسلامِ رقيقًا، وهو الأصحُّ؛ لأنه بَالِغٌ عاقلٌ، ولكن للإمامِ ٱسترقاقُهُ إن شاء، وإن شاء مَنَّ عليه، وإنْ شاء فداه[1]؛ لما رُوِيَ أنَّ الأسيرَ العُقَيْلِيَّ قَالَ بَعْدَ الإِسَارِ: يَا مُحَمَّدُ، إِنِّي مُسْلِمٌ، فَقَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «لو قُلْتَهَا وَأَنْتَ تَمْلِكُ أَمْرَكَ ـ: أَفْلَحْتَ كُلَّ الفَلَاحِ»[2]، ففداه بالرجُلَيْنِ من المُسْلِمِينَ اللَّذَيْنِ أسرَتْهُمَا ثقيفٌ، ولأنَّ الخيار إذا ثَبَتَ بَيْنَ أشياءَ، فإذا سقط واحد لا يُبطِلُ الخيارُ في الباقي؛ كما في كفَّارة اليمينِ، إِذَا عَجَزَ عَنِ العِتْقِ: لا يبطُلُ الخيارُ بَيْنَ الإطعامِ والكُسْوة.

ومعنَىٰ قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «رَقُّوا أَيْ: قَرُبُوا مِنَ الرِّقِّ؛ فعلَىٰ هذا: إذا ٱختار الفداء ـ: لم يَجُزْ أن يُفادِيَهُ إلاَّ أَنْ يكُونَ له عشيرةٌ يَأْمَنُ معهم علَىٰ دِينِهِ ونَفْسِهِ، فإن ٱسترقَّهُ أو فداه بمالٍ ـ: كان ذلكَ في الغنيمةِ، وإنْ مَنَّ عليه: فما أخذ مِنْ ماله ـ: لا يردُّ إليه؛ بل يكونُ غنيمةً، وإنْ كانُوا أَهْلَ كتابٍ، فَقَبِلَ واحدٌ مِنْهُمُ الجِزْيَةَ بَعْدَ ما وقع في الأَسْرِ ـ: هل يحرُمُ قتله؟ فيه قولان:

أحدُهُمَا: يَحْرُمُ قتله، لأنَّ قبول الجزية حَاقِنٌ للدَّمِ؛ كما لو قتل قبل وقوعِهِ في الأسر.

والثَّاني: لا يَحْرُمُ قتله، ولا ٱسترقاقه، والإمامُ فيه بالخيارِ بين أحد الأشياءِ الأربعةِ كما كان؛ بخلاف ما لو قَبِلَ الجزيةَ قبل الإسار؛ لأنَّ ثَمَّ يجبُ عَرَضُ الجزية عليه، فإذا بَذَلَ، وَجَبَ القَبُولُ، وَبَعْدَ الأسر بخلافه.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: فإنْ قلنا: يَحْرُمُ قتله ـ: جعلوا في ٱسترقاقِهِ وجهين:

أحدُهُما: لا يجوزُ؛ بل يَجِبُ تقريرُهُ بالجزيةِ، كما لو بَذَلَ قَبْلَ الأسْرِ.

والثاني ـ وهو الأصحُّ عندي ـ: يَجُوزُ ٱسترقاقه؛ لأنَّ قبول الجزيةِ دون الإسلام.

ولو أسْلَمَ بعد الإِسارِ ـ: جاز ٱسترقاقه؛ كذلك: إذا قبل الجزية؛ وكذلك: مالُهُ الذي وقَعَ في أيدينا: يكونُ غنيمةً، سواءٌ قلنا: يحرُمُ قتلُهُ، أو: لا يَحْرُمُ.

ولو أُسِرَ جماعةٌ، فقالوا: نَحْنُ مسلمونَ، أَوْ أَهْلُ الذِّمَّةِ ـ نُظِرَ: إنْ أُخِذُوا مِنْ دارِ الإِسْلامِ ـ: قُبِلَ قولُهُمْ مع أيمانِهِمْ، وإنْ أُخِذُوا في دارِ الحربِ ـ: لا يُقْبَلُ قولهم؛ لأنَّ الدار تَشْهَدُ عليهم.

---

(١) في د: فدى.

(٢) تقدم تخريجه من حديث عمران بن حصين.

ولو أَسْلَمَتِ امرأةٌ قبل الأسْرِ ـ: فقد أحرزَتْ نفسَهَا ومالَهَا وأولاَدَها الصغار.

وقال مالكٌ: لا تحرز أولاَدَها؛ وهو قولُ الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ.

وإنْ أسلمَتْ بعد الأسرِ ـ: فهي رقيقةٌ، وما معها من الأموالِ غنيمةٌ، ولا يجوزُ للإمامِ أن يَرُدَّ شيئًا من أموالِ الكُفَّار إليهم، ولا مِنْ صبيانهم ونِسْوَانهم بعدما غنموها، وإنْ أسلموا إلاَّ بطيبة أَنْفُسِ الغانِمِينَ؛ لأنَّهم مَلَكُوهَا بالاغتنام، [والدليلُ عليه: مَا رُوِيَ][1] مَرْوَانُ، والمِسْوَرُ بْنُ مَخْرَمَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ جَاءَهُ وَفْدُ هَوَازِنَ مُسْلِمِينَ، فَسَأَلُوهُ أَنْ يَرُدَّ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَسَبْيَهُمْ، فَقَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «مَعَ مَنْ تَرَوْنَ؟ فَٱخْتَارُوا إِحْدَىٰ الطَّائِفَتَيْنِ: إِمَّا السَّبْي، وَإِمَّا المَالَ»، قالُوا: فَإِنَّكَ تَخْتَارَ سَبْيَنَا، فَقَامَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ في المُسْلِمِينَ، فَأَثْنَىٰ عَلَىٰ الله بِمَا هُوَ أَهْلُهُ، ثُمَّ قَالَ: «أَمَّا بَعْدُ، فَإِنَّ إِخْوَانُكُمْ قد جَاؤُونَا تَائِبِينَ، وَإِنِّي رَأَيْتُ أَنْ أَرُدَّ إِلَيْهِمْ سَبْيَهُمْ: فَمَنْ أَحَبَّ مِنْكُمْ أَنْ يَطِيبَ ذَٰلِكَ فَلْيَفْعَلْ، وَمَنْ أَحَبَّ مِنْكُمْ أَنْ يَكُونَ عَلَىٰ حَظِّهِ حَتَّىٰ نُعْطِيَهُ مِنْ أول مَا يَفِيءُ الله عَلَيْنَا فَلْيَفْعَلْ»، فَقَالَ النَّاسُ: قَدْ طِبْنَا ذَٰلِكَ يا رَسُولَ الله[2].

ولو أُسِرَ عَبْدٌ مِنْهُم، فرأَى أن يَمُنَّ عليه ـ: لم يَجُزْ إلاَّ برضَا الغانِمِينَ. وإِنْ رَأَىٰ قتله لشدَّته وقوته قتله، وضَمِنَ قيمتَهُ للغانمين.

ولو أَسْلَمَ حَرْبِيٌّ، بعد تَقَضِّي الحربِ، قبل حيازةِ الغنائمِ ـ: هَلْ يُرَدُّ إليه ماله فيه وجهان: الأصحُّ: لا يُرَدُّ.

وإذا ٱستولَى الكُفَّار على أموال المسلمينَ ـ: لم يملكوها، عَقَارًا كان أو منقولاً، فإذا أَسْلَمُوا، والمالُ في أيدِيهِمْ ـ: يجبُ رَدُّهُ إلى المسلمينَ، وإذا غنمها المسلمُونَ ـ: يجبُ ردُّها إِلَىٰ أربابها، سواءٌ كان قبل القسْمَةِ أو بعدها، ثمَّ إنْ كان بعد القسمةِ ـ: يُعَوِّضُ الإمامُ مَنْ وقع ذلك المَالُ في قسمته من بيت المالِ، فإنْ لم يكنْ في بيتِ المالِ مَال ـ: يعيد قسمةَ الغنيمة بَعْدَ رَدِّ مال المُسَلَّم إليه؛ رَوَىٰ عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ، أَنَّ المُشْرِكِينَ أَغَارُوا عَلَىٰ سَرْحِ المَدِينَةِ[3]، وَذَهَبُوا بِالْعَضْبَاءِ، وَأَسَرُوا امْرَأَةً، فَٱنْفَلَتَتْ ذَاتَ لَيْلَةٍ[4] فَأَتَتِ العَضْبَاءَ فَقَعَدَتْ في عَجُزِهَا، وَنَذَرَتْ[5] أَنْ لَوْ نَجَّاهَا الله عَلَيْهَا لَتَنْحَرَنَّهَا؛ فَلَمَّا قَدِمَتِ المَدِينَةَ ـ: ذَكَرَتْ ذَلِكَ، لِرَسُولِ الله ـ ﷺ ـ فَقَالَ: «بِئْسَ مَا جَزَيْتِهَا؛ لاَ وَفَاءَ لِنَذْرٍ فِي مَعْصِيَةِ الله، وَلاَ

---

(١) في د: ولما روي.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٤٨٣ ـ ٤٨٤) كتاب الوكالة، باب: إذا وهب شيئاً لوكيل، حديث (٢٣٠٧).

(٣) سَرْحُ المدينة؛ السَّرْحُ: الماشية (تسميةٌ بالمصدر) ولا يسمَّى سَرحاً إلاَّ ما يُغْدَى به ويراح.
ينظر: المجمع الوسيط (١/ ٤٢٧).

(٤) في أ: يوم.

(٥) في أ: ونذرت لو.

فِيمَا لاَ يَمْلِكُ[(١)] العَبْدُ»[(٢)].

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا استولى الكُفَّار على أموالِ المسلمين، وأحْرَزُوهَا بدارِ الحربِ ـ: ملكُوها، فإن أسلموا، والمال في أيديهم ـ: لا تسترد منهم، وإنْ غنمها المسلمونَ ـ: فمالكه أولى به. قبل القسمة، وإنْ كان بعد القسمة ـ: أخذه بالقيمة.

وبٱلاتِّفَاقِ لو أَبَقَ عَبْدٌ من عبيدِ المسلمينَ إلَيْهِم، أو غار فَرَسٌ، فأخذوه ـ: لا يملكونَهُ، وبالاتِّفاق: لو أنهم، ٱستولَوْا على مُكَاتِبِينَا، وأمَّهَاتِ أولادِنَا ـ: لا يملكونَهَا؛ كما لا يملكونَ رِقَابَ أحرارنَا، وإنْ كان المسلمُونَ يملكُونَهَا عليهم؛ كذلكَ: سائرُ الأموالِ يملكُهَا المسْلِمُ عليهم، وهم لا يملكُونَهَا على المسلم.

ولو هَلَكَ [في أيدِيهِمْ][(٣)] ما أخذوا من المسلمين قَبْلَ الإسلامِ، أو قَبْلَ عَقْدِ الذِّمَّةِ، أو أتلفوه ـ: فلا ضمانَ علَيْهِمْ بالاتفاق؛ [كما لو قتلوا مسلمًا أو مكاتبًا أو أمَّ ولدِ المسلِمِ ـ: لا ضمان عليهم][(٤)]، ولو أَنَّ مسلمًا أَعْتَقَ عبدًا كافرًا، فنقض العتيقُ العَهْدَ. وٱلْتَحَقَ بدَارِ الحربِ؛ فلا يُسْتَرَقُّ، ولا يبطل ولاءُ المسلم؛ كما لا يبطل مِلْكُهُ.

ولو تزوَّج المسلمُ حربيَّةً، أو حربيٌّ أسلَمَ، وله زوجةٌ كافرةٌ ـ: هل تُسْبَىٰ زوجتُهُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما لا تسبى؛ كما لا يسبَىٰ عتيقه.

والثَّاني ـ: وهو الأصح، والمنصوص عليه ـ: تسبَىٰ وينفسخُ النكاحُ؛ لأنَّ النكاحَ يَبْطُلُ بأسباب لا يبطل بها الولاء.

فإنْ قلنا: تسترقُّ زوجته: فإنْ كانَتْ حاملاً مِنْ مسلم ـ: لَمْ يَجُزِ ٱسترقاقُ الحَمْلِ؛ لأنَّه مُسْلِمٌ، وهل يَجُوزُ ٱسترقاق الأُمِّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجُوزُ [كما لا يجوز][(٥)] بَيْعُ الأَمَةِ الحامِلِ دون الحَمْلِ.

والثاني: يجوزُ؛ لأنَّها مربيَّةٌ؛ كما لو لم تَكُنْ حاملاً.

ولو ٱستأْجَرَ مسلمٌ حربيًّا، فسبى الأخير، هَلْ تبطُلُ الإجارة؟ فقد قيل: فيه وجهان؛ كالنكاح ـ: هَلْ يبطُلُ؟ فيه وجهان: والمذهَبُ: أنَّهُ لا تبطُلُ الإجارَةُ وجهًا واحدًا؛ كما لا يبطَلُ ملكُهُ على المال، بخلاف منفعةِ البُضْعِ: فإنَّها ليْسَتْ كالمالِ؛ بدليل أنَّها لا تَضْمَنُ

---

(١) في د: لا يملكه.

(٢) تقدم تخريجه من حديث عمران.

(٣) سقط في: د.

(٤) سقط في: د.

(٥) سقط في: د.

بالغَصْبِ، ومنفعةُ المال تضمن بالغَصْبِ كالمالِ.

ولو أعتَقَ حَرْبيٌّ عبدًا ـ: يسترقُّ عتقه، ويبطُلُ ولاؤه؛ كما تسترقُّ رقبَتَه.

ولو أعتَقَ ذَمِّيٌّ عبدًا كافرًا، فنقض العتيقُ العَهْدَ ـ: هل يسترقُّ؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: يسترقُّ؛ كما لو نَقَضَ السيِّدُ العهْدَ.

والثاني: لا يسترقُّ، ولا يبطُلُ ولاؤه؛ لأنَّ له عهدًا؛ كما لا يغنم عبده وماله.

ولو أَعْتَقَ ذِمِّيٌّ عبدًا، ثم نقض السيِّدُ العَهْدَ، وٱلْتَحَقَ بدارِ الحربِ، فٱسترقَّ ـ: فالمذهب: أَنَّ وَلاءَهُ على عتيقِهِ ـ: لا يُبْطَلُ حتَّىٰ لو عتق: يكونُ ولاؤُهُ باقيًا عليه، ويثبُتُ لمعتِقِهِ الولاءُ علَىٰ عتيقه، ولو مَلَكَهُ عتيقُهُ، فأعتقه ـ: يكونُ لكلِّ واحدٍ منهما الولاءُ على الآخر.

وقيل: إذا ٱستُرِقَّ السيِّدُ ـ: بطل ولاؤه على عتيقه؛ كما يبطُل ملكه على عبده.

ولو كَانَ لِمُسْلِمٍ [على] حربيٍّ[1] دَيْنٌ، فٱسْترقَّ الحربيَّ: لا يسقط[2] دَيْنُ المسلم، إن سبى مع ماله، أو غنم ماله بعد ٱسترقاقِهِ ـ: يُقْضَىٰ منه دَيْنُ المسلم، ويقدَّم على الغنيمة؛ كما يقدَّم [على][3] الوصيَّة،وإن زال ملكُهُ بالرِّقِّ كالمرتَدِّ ـ: يؤدي ديونه من ماله وإن حَكَمْنَا بزوالِ ملكه.

وإِنْ غَنِم ماله قبل ٱسترقاقه ـ: فالمالُ للغانمين، والدَّيْنُ في ذمَّتِهِ إلى أَنْ يَعْتِقَ، فيؤدِّي.

وإِنْ كان الدَّيْنُ مؤجَّلاً ـ: هل يحلُّ الأَجَلُ بٱلِٱسترقاقِ؟.

فيه وجهان؛ بناءً على المُفْلِسِ إذا حجر عليه ـ: هل تحلُّ ديونه المؤجَّلة؟ فيه وجهان[4].

وإن كان الدَّيْنُ للسَّابِي ـ: هَلْ يسقط؟ فيه وجهان؛ بناءً على ما لو كان في ذمَّةِ الغَيْرِ دَيْنٌ، فملَكَهُ ـ: هلْ يَسْقُطُ أم لا؟ فيه وجهان.

ولو كان لذمِّيٍّ علَىٰ حَرْبيٍّ دَيْنٌ، فٱسترقَّ الحربيَّ ـ: هل يسقط الدَّيْن؟ فيه وجهان، ولو كان لحربيٍّ علَىٰ حَرْبيٍّ دَيْنٌ، فٱسترق أحدهما ـ: يسقط؛ لزوالِ ملكه.

---

(١) سقط في: د.

(٢) في أ: يبطل.

(٣) في أ: قولان.

(٤) في أ: قولان.

ولو أَسْلَمَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، أو دَخَلَ إِلَيْنَا بأمانٍ ـ: لا يسقُطُ الدَّيْن؛ كما لو تزوَّج ٱمرأة، وأَصْدَقَها مَهْرًا، ثم أسلما، أو ترافعا إلينا، بأمانٍ ـ: يؤخَذُ من الزوج المَهْرُ، فإن كان قد قَهَرَ رَبَّ الدَّيْن في دار الحرب بمنعه منه ـ: فقد سقط؛ لأنَّ الدار دَارُ قَهْرٍ[١]، حتى لو قهر العَبْدُ سيِّدَهُ ـ: يصيرُ حُرًّا، ويصيرُ السيِّدُ عَبْدًا.

ولو قَهَرَتِ المرأَةُ زَوْجَهَا ـ: يرتفع النكاحُ؛ فقد نَصَّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على أنه لَو تزوَّج حربيٌّ حربيَّةً، فدخَلَ بها، فماتَتْ، وأَسْلَمَ الزوْجُ، أو دخَلَ إلينا بأمانٍ، فجاء وارثها يَطْلُبُ الصَداقَ ـ قال: لا شَيءَ لَهُ؛ فهذا يدلُّ على أنَّ الدين يسقط.

قال ابْنُ سُرَيْجٍ: الأول أصحُّ، وتأويلُ هذه المسألة: أنْ يكون الحربيُّ تزوَّجها بلا مهرٍ.

ولو سبي الزوجَانِ معًا، أو أحدُهُما ـ: يَنْفَسِخُ النكاحُ، سواءٌ كان الزوجَانِ صغيرَيْنِ، أو كبيرَيْن، قَبْلَ الدخولِ كَانَ أو بعده[٢].

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ سُبِيَا معًا: يدومُ[٣] النكاحُ بينهما.

والدليلُ عَلَىٰ ما قُلْنَا: ما رُوِيَ عَنْ أبي سعيدٍ الخُدْرِيِّ قال: أَصَبْنَا نِسَاءً يَوْمَ أَوْطَـاسَ، فكَرِهْنَا أَنْ نَقَعَ عَلَيْهِنَّ مِنْ أَجْلِ أَزْوَاجِهِنَّ مِنَ المُشْرِكِينَ، فَأَنْزَلَ الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فَٱسْتَحْلَلْنَاهُ.

وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: يَوْمئِذٍ: «لاَ تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعْ، وَلاَ حَائِلٌ[٤] حَتَّىٰ تَحِيضَ»[٥]، ولم يفصل بين ذَاتِ الزَّوْجِ وغَيْرِ ذاتِ الزوجِ، وكان في ذلك السبي جميع ذلك.

وإنْ كان الزوجَانِ مملوكَيْنِ، فَسُبِيَا أو أَحَدُهُمَا ـ: فالصحيحُ: أنَّ النكاحَ لا يَنْفَسِخُ؛ لأنَّه لم يَحْدُثِ بالسبْي رِقٌّ؛ وإنَّما حَدَثَ ٱنتقالُ المِلْكِ، والنِّكَاحُ لا ينفسخُ بٱنتقالِ المِلْكِ؛ كما لو ٱنتقَلَ بالبيع.

---

(١) في د: حرب.
(٢) في د: بعد الدخول.
(٣) في د: يرتفع.
(٤) في د: حامل.

(٥) ورد ذلك من حديث أبي سعيد الخدري، وابن عباس، وأبي هريرة والعرباض بن سارية، وعلي بن أبي طالب، ورويفع بن ثابت وأبي امامة وابن عمر ورجل ثقة.
حديث أبي سعيد الخدري.
أخرجه أحمد (٣/ ٨٧) وأبو داود (٢/ ٦١٤): كتاب النكاح، باب في وطأ السبايا. حديث (٢١٥٧) والحاكم (٢/ ١٩٥): كتاب النكاح، والبيهقي (٩/ ١٢٤): كتاب السير ـ باب المرأة تسبى مع زوجها وفي (٧/ ٤٤٩): كتاب العدد، باب استبراء من ملك الأمة عنه أن النبي ﷺ قال في سبي

. . . .

= أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض حيضة».
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.
وحديث ابن عباس.
أخرجه ابن الجارود ص (٢٤٤): كتاب النكاح، الحديث (٧٣٢) وأبو يعلى (٤/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤) رقم (٢٤٩١) من طريق الأعمش عن مجاهد عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر، وعن كل ذي ناب، من السباع وأن توطأ السبايا حتى يضعن».
وأخرجه النسائي (٧/ ٣٠١): كتاب البيوع، باب بيع المغانم والدارقطني (٣/ ٦٩): كتاب البيوع، حديث (٢٦٠) وأبو يعلى (٤/ ٣٠٤) رقم (٢٤١٤) والحاكم (٢/ ١٣٧) من طريق ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن عباس به.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي وأخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥٧): كتاب النكاح، باب المهر (٥٠) من طريق سفيان بن عيينة عن عمرو بن مسلم الجندي عن عكرمة عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع أو حائل حتى تحيض».
وذكره الهيثمي بهذا اللفظ في «المجمع» (٥/ ٧) وقال: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات.
وذكره الهيثمي بلفظ آخر عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم حنين عن بيع الخمس حتى يقسم وعن أن توطأ النساء حتى يضعن ما في بطونهن إن كنَّ حبالى».
وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عصمة بن المتوكل وهو ضعيف.
حديث أبي هريرة.
أخرجه الطبراني في الصغير (١/ ٩٥) من طريق بقية بن الوليد عن اسماعيل بن عياش عن الحجاج بن أرطأة عن داود بن أبي هند عن الشعبي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «أنه نهى في وقعة أوطاس أن يقع الرجل على حامل حتى تضع».
وقال الهيثمي (٥/ ٧): رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه بقية والحجاج وكلاهما مدلس.
حديث العرباض بن سارية.
أخرجه الترمذي (٤/ ١٣٣): كتاب السير ـ باب ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا حديث (١٥٦٤) من طريق أبي عاصم النبيل عن وهب بن خالد عن أم حبيبة بنت العرباض بن سارية أن أباها أخبرها: «أن رسول الله ﷺ نهى أن توطأ السبايا حتى يضعن ما في بطونهن». ثم قال الترمذي: «غريب».
حديث رويفع بن ثابت.
أخرجه أحمد (٤/ ١٠٨ ـ ١٠٩) وأبو داود (٢/ ٦١٥ ـ ٦١٦): كتاب النكاح ـ باب في وطء السبايا الحديث (٢١٥٨). والترمذي (٣/ ٤٣٧) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل ـ الحديث (١١٣١) وابن الجارود ص (٢٤٤) كتاب النكاح ـ الحديث (٧٣١) والبيهقي (٩/ ١٢٤) كتاب السير ـ باب المرأة تسبى مع زوجها وفي (٧/ ٤٤٩) كتاب العدد ـ باب استبراء من ملك الأمة، عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين: «لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها» بلفظ أبي داود.
وقال الترمذي: «حديث حسن» وقد يروى من غير وجه عن رويفع بن ثابت.

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: ينفسخُ النكاحُ؛ لأنَّه حدث [بسبْيٍ موجِبٍ للاسترْقاقِ][1]، فصار كحدوث رقٍّ آخر.

قلت[2]: الدليلُ عليه: أنها[3] لو كانَتْ أُمَّ ولد تَصِيرُ قِنَّةً.

ولو سُبِيَتِ ٱمرأةٌ مع ولدِهَا صَغِيرًا دُونَ سَبْعِ سنينَ، أو ثمانِ سِنِينَ ـ: يجتهد الإمامُ عند القسمةِ؛ حَتَّىٰ يجعلهما لِرَجُلٍ واحدٍ، ولا يُفَرِّقُ بينهما، فإن لم يمكن يشرك فيهما رجُلَيْن.

ولا يَجُوزُ التفريقُ بين الأُمِّ والولَدِ الصغيرِ في بَيْعٍ ولا قسمةٍ، فإنْ فَعَلَ ـ: فلا يصحُّ البَيْعُ ولا القسمةُ علَىٰ قوله الجديد.

[وقال في][4] «القديم»: يصحُّ، وبه قال أبو حنيفةَ، والأبُ مع الولَدِ الصغيرِ كالأُمِّ؛ على أَصَحِّ الوَجْهين.

وفيه وجْهٌ آخر: أنَّ التفريقَ بين الأَبِ والولدِ: يَجُوزُ؛ لأنَّه لا بُدَّ وأن يفارقُه في الحضانةِ؛ لأنه لا يتولَّىٰ حَضانته بنفسِهِ، بخلافِ الأُمِّ، ويَجوزُ التفريقُ بين الأخوَيْنِ، والمستحبُّ ألاَّ يفعل إن أمكن.

ولو دَخَلَ حربيٌّ دارَ الإسلامِ بلا أمانٍ ـ: جاز قَتْلُهُ وٱسترقاقُهُ، وٱغتنامُ ما معه من

= وحديث أبي امامة.

رواه الطبراني كما في المجمع (٤/ ٣٠٣) عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر أن توطأ الحبالى حتى يضعن». وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح.

وحديث ابن عمر.

رواه الطبراني كما في المجمع (٤/ ٣٠٣) ولفظه «كل جارية بها حبل حرام على صاحبها حتى تضع ما في بطنها».

وقال الهيثمي: وفيه يحيى بن عبد الله البابلتي وهو ضعيف حديث الثقة.

أخرجه أبو يعلى كما في المطالب العالية (٢/ ٧٢) حديث (١٦٨٣) من حديث يحيى بن سعد بن دينار مولى آل الزبير قال: أخبرني الثقة أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر أن يوطأ على الحبالى.

وقال الهيثمي في المجمع (٣/ ٣٠٣) رواه أبو يعلى ويحيى لا أعرفه.

(١) في د: سبي فوجب الاسترقاق.

(٢) في د: قال الشيخ رحمه الله.

(٣) في د: إذا.

(٤) في د: وفي قوله.

الأموالِ والأولادِ، وإنْ رَأَى الإمامُ المَنَّ أو الفداء يجوز كالأسير: وإنْ دخلَتِ ٱمرأةٌ بلا أمانٍ ـ: جاز ٱسترقاقُهَا، ولو دخل إلينا بأمانٍ، أو عَقْدِ ذِمَّةٍ ـ: فهو وما معه من المال والأولاد في أمان، فإن كان له في دَارِ الحَرْبِ مالٌ وولدٌ ـ: فلا أمانَ لما في دارِ الحربِ، ويجوزُ ٱغتنامُهَا؛ لأنَّه يجوزُ أن يفترقَ المَالِكُ والمملوكُ في الأمانِ، حتَّىٰ لو بَعَثَ حربيٌّ مالاً إلَىٰ دار الإسلام على يَدَيْ مُسْلِمٍ أو ذَمِّيٍّ ـ: لا يتعرَّض لماله؛ لأنَّه في أمانٍ [بأمانٍ][1] مَنْ معه وإن لم يكنْ للمالِكِ أمان.

ولو دخل حربيٌّ إلينا بأمانٍ أو رسالةٍ أو عَقْدِ ذِمَّةٍ، وله أولاد عندنا، فَنَقَضَ العَهْدَ، وٱلْتَحَقَ بدارِ الحربِ، أو عَادَ إلَيْهَا للإقَامَةِ ـ: فهو نَقْضٌ للعهد، ولو تَرَكَ عندنا أولادَهُ لا يُسْبَىٰ أولادُهُ، وإنْ مات الأبُ: فإن بلغوا، أو قَبِلُوا الجزيةَ ـ: تُرِكُوا، وإنْ لم يَقْبَلُوا ـ: يَبْلُغُونَ المَأْمَنَ.

ولو أنَّ هذا الذِّمِّيَّ أو المستأْمَنَ أَوْدَعَ عندنا مالاً، أو بَاعَ وٱشترى، وترك أموالاً، وعاد إلى دار الحرب ناقضًا للعهد ـ: فماله في أمانٍ عندنا لا يُغْنَمُ ما دام حَيًّا فإن مات في دارِ الحربِ، أو قُتِلَ، أو بَعَثَ حربيٌّ ماله إلَىٰ دارِ الإسلامِ عَلَىٰ يَدِ مسلمٍ، وماتَ هُوَ في دارِ الحربِ: فهل يكونُ ماله فَيْئًا؟ فيه قولان:

أصحُّهما ـ وهو ٱختيارُ المُزَنِّي: لا يكونُ فيئًا؛ بل يُبْعَثُ إلَىٰ وارِثِهِ في دارِ الحربِ؛ لأنَّهُ كان في أمانٍ في حياتِهِ، فإذا مات ـ: قَامَ وارثه مَقَامَهُ؛ كما لو مات في دار الإسلام.

والثاني: يكونُ فَيْئًا: خُمُسُهُ لأهْلِ الخُمُسِ، والباقي لأهْلِ الفَيْءِ؛ لأنه صار لِمَنْ لم يَكُنْ له أمانٌ.

وعند أبي حنيفة: إنْ كان مالُهُ دَيْنًا عَلَىٰ النَّاس ـ: يسقط عنهم، وإنْ كان عَيْنًا ـ: كانَ فَيْئًا، ولو لم يَمُتْ صاحبُ المال، ولكنْ سُبِيَ وٱسترقَّ فما حكم ماله؟ يُبْنَىٰ عَلَىٰ المَوْتِ إنْ قلنا: إذا ماتَ يَكُونُ ماله فيئًا: فههنا قولان: أحدهما يكون فيئًا؛ كما لو مات، لأن بالرق يزول الملك، كما يزول بالموت. والثاني: يوقف لأنه يرجى له ملك، بخلاف ما لو مات، فعلى هذا إن عتق، فهو له، وإن مات في الرق ـ: يكون فيئًا.

وإن قلْنا: إذا مات يَكُونُ لوارثه ـ: فههنا: يوقَفُ: فإنْ عَتَقَ: فهو له، وإنْ مات في الرقِّ ـ: فعلى قولين:

أحدهما: يُصْرفُ إلى وارِثِهِ؛ كما لو مات حُرًّا.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: يكون فيئًا؛ لأنَّ الرقيق لا يُورَثُ منه. أما إذا عاد الذِّمِّيُّ إلى

(١) سقط في د.

دارِ الحربِ لتجارةٍ أو رسالةٍ غَيْرَ ناقضٍ للعهدِ، فمات ـ: فهو كما لو ماتَ في دارِ الإسلامِ: يكونُ مالُهُ لوارثِهِ.

ولو[١] دَخَلَ مسلمٌ دارَ الحربِ بأمانٍ، فسرق مِنْهُمْ مالاً أو ٱسْتَقْرَضَ منهم مالاً، وعادَ إِلَىٰ دارِ الإسلامِ، ثم جاء صَاحِبُ المالِ إِلَىٰ دارِ الإسلامِ بأمانٍ ـ: وَجَبَ على المسلم رَدُّ ما سرق أو ٱسْتَقْرَضَ؛ لأنَّ الأمان يُوجِبُ ضَمَانَ المالِ من الجانِبَيْنِ جميعًا.

فَصْلٌ فِي قِسْمَةِ ٱلْغَنِيمَةِ

إِذا أراد الإمامُ أو أميرُ الجَيشِ قِسْمَةَ الغنيمةِ ـ: يبدأ، فَيَدْفَعُ السَّلَبَ إِلَىٰ القاتِلِ، إن قلنا: لا يُخَمَّس.

ثم يُعْطَىٰ المُؤَنَ التي لَزِمَتْ الغنيمَةَ مِنْ أجرة الحامل والحَافِظِ ونحوها.

ثم ما بقي منها يَجْعَلُها خمسةَ أقسامٍ مستويَةٍ، ويقطع [خَمْسَ][٢] رِقَاعٍ صغارٍ، يكتُبُ على واحدةٍ: «لله تَعَالَىٰ»، وعَلَىٰ أربعةٍ: غَنِيمَةٌ، ويجعلها في بنادِقِ طِينٍ: مستويَةٍ[٣]، ويجفِّفها، ثم يُخْرِجُ عَلَىٰ كُلِّ قِسْمٍ واحدة؛ فأيها خرج عليها[٤] سهم الله تعالى ـ: جعلَهُ بين أهلِهِ عَلَىٰ خمسةِ أسهمٍ، و[قسم][٥] الباقي بَيْنَ الغانمين، [فيسهم][٦] للرجال الأحرارِ المسلمينَ البالِغِينَ: للراجلِ مَنْهُمْ سهمًا واحدًا، وللراكبِ ثلاثةَ أسهمٍ: سهمًا له، وَسَهْمَيْنِ لأجْلِ فرسه؛ [لما روي][٧] عَنِ ٱبْنِ عُمَر؛ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ ضَرَبَ لِلْفَرَسِ سَهْمَيْنِ، وَلِلْفَارِسِ سَهْمًا[٨]، فيكون للراكِبِ ثلاثةُ أَسْهُمٍ، وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العلم.

---

(١) في د: كما لو.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: متساوية.
(٤) في د: عليه.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: وروي.

(٨) أخرجه البخاري (٦/ ٧٦) كتاب الجهاد: باب سهام الفرس ـ حديث (٢٨٦٣)، (٧/ ٤٨٤) كتاب المغازي: باب غزوة خيبر ـ حديث (٤٢٢٨) ومسلم (٣/ ١٣٨٣) كتاب الجهاد والسير ـ باب كيفية قسم الغنيمة بين الحاضرين حديث (٥٧/ ١٧٦٢) وأبو داود (٣/ ١٧٢) كتاب الجهاد: باب في سهمان الخيل حديث (٢٧٣٣) والترمذي (٣/ ٥٦) كتاب السير: باب في سهم الخيل حديث (١٥٩٥) وابن ماجه (٢/ ٩٥٢) كتاب الجهاد: باب قسمة الغنائم حديث (٢٨٥٤) وأحمد (٢/ ٢، ٤١، ٦٢، ٧٢) وابن الجارود (١٠٨٤) والدارمي (٢/ ١٦) كتاب الجهاد: باب في سهمان الخيل والشافعي (٢/ ١٢٤) كتاب الجهاد رقم (٤٠٩) وسعيد بن منصور (٢/ ٣٢٤) كتاب الجهاد: باب ما جاء في سهام الرجال والخيل حديث (٢٧٦٠) والدارقطني (٤/ ١٠٤) كتاب الجهاد حديث (١٥) وابن حبان (٤٧٩٠ ـ الإحسان) =

. . . .

= والبيهقي (٦/ ٣٢٥) من طرق عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ أسهم للرجل وفرسه ثلاثة أسهم سهماً له وسهمين لفرسه».

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وفي الباب عن جماعة من الصحابة وهم ابن أبي عمرة عن أبيه وابن عباس والزبير بن العوام ومجمع بن جارية وأبو رهم وأخوه والمقداد بن عمرو وأبو كبشة الأنماري وزيد بن ثابت وأبو هريرة وسهل بن أبي حثمة ومكحول الدمشقي مرسلاً وعبد الله بن الزبير وجابر بن عبد الله وعائشة وعمر بن الخطاب وطلحة بن عبيد الله والزبير بن العوام.

ـ أما حديث أبي عمرة عن أبيه.

فأخرجه أبو داود (٢/ ٨٤) كتاب الجهاد: باب في سهمان الخيل حديث (٢٧٣٤) وأحمد (٤/ ١٣٨) من طريق المسعودي حدثني أبو عمرة عن أبيه قال: أتينا رسول الله ﷺ أربعة نفر ومعنا فرس فأعطى كل إنسان منا سهماً وأعطى الفرس سهمين.

والمسعودي هو عبد الرحمن بن عبد الله الكوفي المسعودي.

قال الحافظ في «التقريب» (١/ ٤٨٧) صدوق اختلط قبل موته. وأخرجه أبو داود (٢/ ٨٤) كتاب الجهاد: باب في سهمان الخيل حديث (٢٧٣٥) من طريق المسعودي أيضاً عن رجل من آل أبي عمرة عن أبي عمرة بمعناه إلا أنه قال: ثلاثة نفر زاد: فكان للفارس ثلاثة أسهم.

وهذا إسناد ظاهر الضعف لاختلاط المسعودي وجهالة الرجل من آل أبي عمرة.

وللحديث طريق آخر بلفظ آخر.

أخرجه الدارقطني (٤/ ١٠٤) كتاب الجهاد: باب رقم (١٦) من طريق عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي عمرة عن أبيه عن جده بشير بن عمرو بن محصن قال: أسهم رسول الله ﷺ لفرسي أربعة أسهم ولي سهماً فأخذت خمسة أسهم.

ـ حديث ابن عباس.

وله طرق.

الطريق الأول:

أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٢) والبيهقي (٦/ ٢٩٣) من طريق عبد الله بن صالح عن معاوية بن صالح عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس في قوله ﴿يسئلونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾.

قال: «الأنفال: المغانم كانت لرسول الله ﷺ خالصة ليس لأحد منها شيء ما أصاب سرايا المسلمين من شيء أتوه به فمن حبس منه إبرة أو سلكاً فهو غلول فسألوا رسول الله ﷺ أن يعطيهم منها شيئاً فأنزل الله ﴿يسئلونك عن الأنفال قل الأنفال﴾ لي جعلتها لرسولي ليس لكم منها شيء ﴿فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم﴾، إلى قوله ﴿إن كنتم مؤمنين﴾ ثم أنزل الله ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء. . .﴾ ثم قسم ذلك الخمس لرسول الله ﷺ ولذي القربى واليتامى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله وجعل أربعة أخماس للناس فيه سواء للفرس سهمان ولصاحبه سهم وللراجل سهم.

وأخرجه الطبري أيضاً في «تفسيره» (١٣/ ٣٧٨).

وهذا سند ضعيف للانقطاع المعروف بين علي بن أبي طلحة وابن عباس. =

. . . .

= الطريق الثاني.

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٤٣) عنه بنحو الطريق الأول.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه نهشل بن سعيد وهو متروك قال الحافظ في «التقريب» (٢/ ٣٠٧): متروك وكذبه اسحق بن راهويه.

الطريق الثالث.

أخرجه أبو يعلى (٤/ ٣٣٧) واسحق بن راهويه كما في «نصب الراية» (٣/ ٤١٥) من طريق محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن مقسم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ أعطى يوم بدر الفرس سهمين والرجل سهماً.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٤٤ ـ ٣٤٥) وقال: رواه أبو يعلى وفيه محمد بن أبي ليلى وهو سيىء الحفظ يتقوى بالمتابعات.

وذكره أيضاً الحافظ ابن حجر في «المطالب العالية» (٢/ ١٦١) رقم (١٩٤١) وعزاه إلى أبي يعلى.

الطريق الرابع.

أخرجه اسحق بن راهويه في «مسنده» كما في «نصب الراية» (٣/ ٤١٤) أخبرنا محمد بن الفضيل بن غزوان ثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال: أسهم رسول الله ﷺ للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً.

قال الحافظ في «الدراية» (٢/ ١٢٣) فيه ضعف.

الطريق الخامس.

أخرجه الدارقطني (٤/ ١٠٣) كتاب الجهاد رقم (١٣) من طريق كثير مولى بني مخزوم عن عطاء عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قسم لمائتي فرس بحنين سهمين سهمين.

ـ حديث الزبير بن العوام.

أخرجه أحمد (١/ ١٦٦) من طريق المنذر بن الزبير عن أبيه أن النبي ﷺ أعطى الزبير سهماً وأمه سهماً وفرسه سهمين.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٤٥) وقال: رواه أحمد ورجاله ثقات.

وأخرجه الدارقطني (٤/ ١٠٩ ـ ١١٠) كتاب الجهاد رقم (٢٦) من طريق اسحق بن إدريس نا اسماعيل بن عياش عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير قال: أعطاني رسول الله ﷺ يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهماً لي وسهماً لأمي من ذوي القربى.

قال الدارقطني: خالفه هيثم بن خارجة ثم أخرجه من طريقه عن اسماعيل بن عياش عن هشام بن عروة عن عباد بن عبد الله بن الزبير عن الزبير بن العوام أن رسول الله ﷺ أعطاه أربعة أسهم سهمين لفرسه وسهماً له وسهماً لأمه من ذي القربى وضعف طرق الدارقطني الحافظ ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٢٣) فقال: وأخرجه ـ أي حديث الزبير ـ الدارقطني من طرق فيها فقال.

ـ حديث مجمع بن جارية.

أخرجه أبو داود (٢/ ٨٤) كتاب الجهاد: باب فيمن أسهم له سهماً حديث (٢٧٣٦) وأحمد (٣/ ٤٢٠) والحاكم (٢/ ١٣١) والدارقطني (٤/ ١٠٥) كتاب الجهاد رقم (١٨) والبيهقي (٦/ ٣٢٥) من =

. . . .

= طريق مجمع بن يعقوب الأنصاري أخبرني أبي عن عمه عبد الرحمن بن يزيد عن مجمع بن جارية قال: شهدنا الحديبية مع رسول الله ﷺ فلما انصرفنا عنها إذ الناس يهزون الأباعر فقال بعض الناس لبعض: ما للناس قالوا: أوحى إلى النبي ﷺ فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي ﷺ واقفاً على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم ﴿إنا فتحنا لك فتحاً مبيناً﴾ فقال رجل: يا رسول الله: أفتح هو، قال: «نعم والذي نفسي بيده إنه لفتح» فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهماً وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهماً.

قال أبو داود: . . . وأرى الوهم في حديث مجمع أنه قال: ثلثمائة وكانوا مائتي فرس ا.هـ.

وقد أعل الإمام الشافعي رحمه الله هذا الحديث بعلة غريبة فقال البيهقي عقب الحديث: قال الشافعي في القديم مجمع بن يعقوب شيخ لا يعرف.

وتعقبه ابن التركماني في «الجوهر النقي» (٦/ ٣٢٥ ـ ٣٢٦) فقال: هذا الحديث أخرجه الحاكم في «المستدرك» وقال حديث صحيح الإسناد، ومجمع بن يعقوب معروف قال صاحب الكمال: روى عنه القعنبي ويحيى الوحاظي واسماعيل بن أبي أويس ويونس المؤدب وأبو عامر العقدي وغيرهم قال ابن سعد توفي بالمدينة وكان ثقة. وقال أبو حاتم وابن معين ليس به بأس وروى له أبو داود والنسائي انتهى كلامه ومعلوم أن ابن معين إذا قال: ليس به بأس فهو توثيق. . . ا.هـ.

وقد أعل ابن القطان هذا الحديث بعلة أخرى وهي جهالة يعقوب بن مجمع لا مجمع بن يعقوب كما قال الإمام الشافعي فقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤١٧): قال ابن القطان في كتابه: وعلة هذا الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع ولا يعرف روى عنه غير ابنه وابنه مجمع ثقة وعبد الرحمن بن يزيد روى له البخاري. ا.هـ.

ويعقوب بن مجمع هذا لم يوثقه غير ابن حبان كما في «التعليق المغني» (٤/ ١٠٥) لأبي الطيب آبادي.

ـ حديث أبي رهم وأخيه.

أخرجه أبو يعلى (١٢/ ٢٩٧) رقم (٦٨٧٦) والدارقطني (٤/ ١٠١) كتاب الجهاد: رقم (٢) من طريق اسحق بن عبد الله بن أبي فروة أن أبا حازم مولى أبي رهم الغفاري أخبره عن أبي رهم وأخيه أنهما كانا فارسين يوم حنين فأعطيا ستة أسهم: أربعة لفرسيهما وسهمين لهما فباعا السهمين ببكرين.

وأخرجه أيضاً سعيد بن منصور (٢/ ٣٢٤) رقم (٢٧٦٣) من طريق اسحق والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٤٥) وقال: رواه أبو يعلى والطبراني إلا أنه قال: عن أبي رهم. قال: شهدت أنا وأخي خيبر والباقي بنحوه وفيه اسحق بن أبي فروة وهو متروك.

وقال الهيثمي أيضاً (٥/ ٣٤٥): «وعن أبي رهم عن أخيه أنهما كانا فارسين يوم خيبر. . .» رواه الطبراني وفيه اسحق بن أبي فروة وهو متروك.

وذكره الحافظ في «المطالب العالية» (٢/ ١٦٠) رقم (١٩٤٠) وعزاه إلى أبي يعلى.

قلت: وقد توبع اسحق بن أبي فروة على هذا الحديث.

أخرجه الدارقطني (٤/ ١٠١) كتاب الجهاد (٢) والطبراني كما في «نصب الراية» (٣/ ٤١٤) عن =

. . . .

= قيس بن الربيع عن محمد بن علي عن أبي حازم مولى أبي رهم عن أبي رهم به.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤١٤): قال في «التنقيح» ـ أي ابن عبد الهادي ـ قيس ضعفه بعض الأئمة وأبو رهم مختلف في صحبته.
ـ حديث المقداد بن عمرو.
أخرجه الدراقطني (٤/ ١٠٢): كتاب الجهاد رقم (٨) والبزار كما في «نصب الراية» (٣/ ٤١٤) من طريق موسى بن يعقوب حدثتني عمتي قريبة بنت عبد الله عن أم كريمة بنت المقداد عن ضباعة بن الزبير عن المقداد أن النبي ﷺ أعطى للفرس سهمين يوم خيبر.
قال الزيلعي في «نصب الراية»: موسى بن يعقوب فيه لين وشيخته قريبة تفرد هو عنها.
وقال أبو الطيب آبادي في «التعليق المغني» (٤/ ١٠٢ ـ ١٠٣)، في إسناده قريبة بنت عبد الله قال في الميزان هي بنت عبد الله بن وهب بن زمعة تفرد عنها ابن أخيها موسى بن يعقوب انتهى وموسى بن يعقوب هو الزمعي المديني وثقه ابن معين وقال أبو داود: هو صالح وقال النسائي: ليس بالقوي وقال ابن المديني ضعيف منكر الحديث كذا في الميزان.
وأخرجه الحارث بن أبي أسامة (٦٥٧ ـ بغية الباحث) والدارقطني (٤/ ١٠٣) والطبراني في «الكبير» كما في «المجمع» عن الواقدي عن موسى بن يعقوب به.
إلا أنه وقع في رواية الحارث والطبراني بلفظ: أنه ضرب له رسول الله ﷺ يوم بدر سهمين لفرسه وله سهم.
أما رواية الدارقطني فهي موافقة للرواية الأولى في العطاء إلا أن الأولى كانت يوم خيبر والثانية يوم بدر..
قال الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٣٤٥) وفيه الواقدي وهو ضعيف وذكره الحافظ ابن حجر في «المطالب العالية» (٢/ ١٦٠) وعزاه للحارث.
ـ حديث أبي كبشة الأنماري.
أخرجه الدارقطني (٤/ ١٠١) كتاب الجهاد رقم (١) والبيهقي (٦/ ٣٢٧) والطبراني في «الكبير» (٢٢/ ٨٥٦) من طريق معلى بن أسد ثنا محمد بن حمران ثنا عبد الله بن بسر عن أبي كبشة الأنماري قال: لما فتح رسول الله ﷺ مكة كان الزبير على المجنبة اليسرى وكان المقداد على المجنبة اليمنى فلما دخل رسول الله ﷺ مكة وهدأ الناس جاءا بفرسيهما فقام رسول الله ﷺ فمسح الغبار عنهما وقال: إني قد جعلت للفرس سهمين وللفارس سهماً فمن نقصهما نقصه الله.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤١٤): ومحمد بن حمران القيسي قال النسائي: ليس بالقوي وذكره ابن حبان في «الثقات» وقال يخطىء وعبد الله بن بسر قال في «التنقيح»: وعبد الله بن بسر السكسكي تكلم فيه غير واحد من الأئمة قال النسائي: ليس بثقة. وقال يحيى القطان لا شيء وقال أبو حاتم والدارقطني: ضعيف وذكره ابن حبان في الثقات.
والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٤٥) وقال: رواه الطبراني وفيه عبد الله بن بسر الحبراني وثقه ابن حبان وضعفه الجمهور.
وقال الحافظ ابن حجر في «تخريج أحاديث المختصر» (٢/ ٣٦٧): هذا حديث غريب ورجاله ثقات إلا عبد الله بن بسر الحبراني فيه مقال.
ـ حديث زيد بن ثابت. =

. . . .

= ذكره الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٣٤٥) عنه أن النبي ﷺ قسم للفرس سهمين وللرجل سهماً.
وقال الهيثمي: وفيه عبد الجبار بن سعيد الماحفي وهو ضعيف.

ـ حديث أبي هريرة.

أخرجه الدارقطني (٤/ ١١١) من طريق الواقدي ثنا أبو بكر بن يحيى بن النضر عن أبيه أنه سمع أبا هريرة يقول: أسهم رسول الله ﷺ للفرس سهمين ولصاحبه سهماً.

والواقدي محمد بن عمر متروك.

ـ حديث سهل بن أبي حثمة.

أخرجه الحارث بن أبي أسامة (٦٥٦ ـ بغية الباحث) والدارقطني (٤/ ١١١) كتاب الجهاد (٣١) عن الواقدي ثنا محمد بن يحيى بن سهل بن أبي حثمة عن أبيه عن جده أنه شهد حنيناً مع النبي ﷺ فأسهم لفرسه سهمين ولفرسه سهماً.

وذكره ابن حجر في «المطالب العالية» (٢/ ١٦٠) رقم (١٩٣٧) وعزاه للحارث.

ـ حديث عبد الله بن الزبير.

أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٧) والدارقطني (٤/ ١١١) كتاب الجهاد (٢٨) والبيهقي (٦/ ٣٢٦) من طريق هشام بن عروة بن يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن جده قال: «ضرب رسول الله ﷺ يوم خيبر للزبير بن العوام أربعة أسهم: سهماً للزبير وسهماً لذي القربى لصفية بنت عبد المطلب أم الزبير وسهمين للفرس».

ـ حديث جابر.

أخرجه الحارث بن أبي أسامة (٦٥٥ ـ بغية الباحث) والدارقطني (٤/ ١١١) كتاب الجهاد (٣٢) عن الواقدي ثنا أفلح بن سعيد المزني عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي أحمد أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: أسهم رسول الله ﷺ للفرس سهمين ولصاحبه سهماً والواقدي متروك.

وذكره الحافظ في «المطالب العالية» (٢/ ١٦٠) رقم (١٩٣٤) وعزاه إلى الحارث.

ـ حديث عائشة.

أخرجه ابن مردويه في «تفسيره» كما في «نصب الراية» (٣/ ٤١٧) ثنا أحمد بن محمد بن السري ثنا المنذر بن محمد حدثني أبي ثنا يحيى بن محمد بن هانىء عن محمد بن اسحق ثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت: «أصاب رسول الله ﷺ سبايا بني المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسم بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً».

ـ حديث عمر بن الخطاب وطلحة والزبير.

أخرجه الدارقطني (٤/ ١٠٣) كتاب الجهاد (١١) من طريق ياسين بن معاذ عن الزهري عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب وطلحة بن عبيد الله والزبير قالوا: كان رسول الله ﷺ يسهم للفرس سهمين وللرجل سهماً.

قال أبو الطيب آبادي في «التعليق المغني» (٤/ ١٠٣): ياسين بن معاذ الزيات عن الزهري قال في «الميزان»: قال ابن معين: ليس حديثه بشيء وقال البخاري: منكر الحديث وقال النسائي وابن الجنيد: متروك. وقال ابن حبان: إنه يروي الموضوعات. وقد توبع تابعه سليمان بن أرقم عن الزهري به. أخرجه الدارقطني أيضاً (٤/ ١٠٣) كتاب الجهاد (١٢). =

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: للراكب سهمان: سَهْمٌ له، وسَهْمٌ لفرسه.

ويستوي في ٱستحقاقِ السَّهْمِ مَنْ قاتَلَ ومن لم يقاتِلْ؛ لٱستوائهما في إرْهَابِ العَدُوِّ.

وأما الصِّبْيَان والنِّسْوَان والعبيدُ: إذا [حَضَرُوا الوقعَةَ يُرْضَخُ لهم].

والرَّضْخُ: أَقَلُّ من السَّهْمِ، ولا تَقْدِيرَ له، بل هُوَ إلى ٱجتهادِ الإمامِ، ولا يبلغ سَهْمَ الراجلِ؛ كما أن التعزيرَ ـ: لا يَبْلُغُ الحَدَّ [قَطًّ][1]، والحكومَة: لا تبلغ أَرْشَ العضوِ، والذمي إذا حضر القتال بِغَيْرِ إِذْنِ الإمامِ ـ: لا يستحقُّ شيئًا، وإنْ رأىٰ الإمامُ تعزيرَهُ، إذا حضر دُونَ إِذْنِهِ ـ: له ذلك؛ كما لو دخل مسجدًا بغير إذن ـ: عَزَّرَهُ إنْ رأىٰ؛ بخلاف المسلمِ إذا حَضَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ الإمامِ ـ: يستحقُّ الغنيمة؛ لأن المُسْلِمَ غَيْرُ مُتَّهَمٍ بموالاة الكفار، والكافِرَ مُتَّهَمٌ بموالاةِ أَهْلِ دينِهِ[2]، وقد يكُونُ خَرَجَ[3] إلى دَارِهِم؛ ليكون عونًا لهم؛ فلا يستحقُّ شيئًا.

= قال أبو الطيب: في إسناده سليمان بن أرقم أبو معاذ البصري قال البخاري: تركوه. وقال أحمد: لا يروى عنه وعن ابن معين أنه ليس بشيء وقال الجوزجاني: ساقط. وقال أبو داود والدارقطني: متروك. وقال أبو زرعة إنه ذاهب الحديث.

ـ مرسل مكحول.

أخرجه سعيد بن منصور (٢/٣٢٦) رقم (٢٧٦٩) من طريق أسامة بن زيد عنه أن النبي ﷺ فرض للفارس سهمين وللراجل سهماً.

وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٣/٣٣٩) عنه مرفوعاً بلفظ: لا سهم من الخيل إلا لفرسين وإن كان معه ألف فرس إذا دخل بها أرض العدو قال: «قسم رسول الله ﷺ يوم بدر للفارس سهمين وللراجل سهم» وعزاه إلى عبد الرزاق أيضاً.

وروى عبد الرزاق أيضاً كما في «نصب الراية» (٣/٤١٨) عن مكحول أن الزبير حضر يوم خيبر بفرسين فأعطاه النبي ﷺ خمسة أسهم.

وهذا الأثر يخالف ما تقدم في أن النبي ﷺ أسهم الزبير أربعة أسهم يوم خيبر سهماً له وسهماً لأمه وسهمين لفرسه وهو أصح.

ثم أخرجه من طريقه نا اسماعيل بن عياش عن هشام بن عروة عن عباد بن عبد الله بن الزبير عن الزبير بن العوام أن رسول الله ﷺ أعطاه أربعة أسهم سهمين لفرسه وسهماً له وسهماً لأمه سهم ذي القربى.

وأخرجه أيضاً (٤/١١١) كتاب الجهاد رقم (٢٨) من طريق هشام بن عروة عن يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن جده أنه كان يقول: ضرب رسول الله ﷺ عام خيبر.

(١) سقط في د.

(٢) في د: أهل الذمة.

(٣) في د: خروجه.

وإنْ حَضَرَ بإذْنِهِ: فإن اسْتَأْجَرَهُ ـ: فليس له إلاَّ الأجرةُ، وإن لم يستأجره ـ: فله الرَّضْخ(٥)، وإنْ خرج نساءُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بِإِذْنِ الإمامِ ـ: هَلْ يرضَخُ لهنَّ؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: يرضخ؛ كنساءِ المسلمين.

ومَنْ قاتل أكثَرَ مِنْ غيره ـ: فللإمام أن يَرْضَخَ له مَعَ السَّهْمِ.

ويزيدُ رَضْخ العبيد عَلَىٰ رَضْخِ النِّسَاءِ والصِّبْيَان؛ لأنَّ البَأْسَ من العبيدِ أَشَدُّ.

وإذا حضر العَبْدُ فارسًا ـ: هل يجوزُ أن يزاد رَضْخُهُ عَلَىٰ سَهْمِ الراجل، [أو يبلغ سَهْمَ

---

(١) «الرَّضخ».

الرَّضخ في اللغة: إعطاء القليل.

وفي الشرع إعطاء شيء دون سهم المجاهد يجتهد الإمام في قدره لأنه لم يرد عن الشرع فيه تحديد، فيرجع فيه إلى رأي الإمام، وعليه أن يفاوت بين المُرْضَخ لَهُمْ فيعطي كلاًّ بمقدار نفعه وغنائه وما يقوم به من عمل، واستثنى الحنفية الذمي يقوم بنوع من الدلالة فجوزوا زيادة رضخه على السهم إذا كان في دلالته منفعة عظيمة، ولا يلزم من ذلك تسويته بالمجاهدين لأن ما يأخذه بمنزلة الأجرة، فيعطى بالغاً ما بلغ.

من يرضخ له؟.

ذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه لا يسهم للمرأة، والصبي، والعبد، بل يرضخ لهم، وذهب الإمام مالك في المشهور عنه إلى أن الذين لا يسهم لهم لا يرضخ لهم أيضاً، وله في الصبي إن أجيز وقاتل خلاف.

وحكى الشوكاني عن الأوزاعي أنه يسهم للمرأة، والصبي وهذا هو مشهور المذاهب.

«الأدلة».

استدل الجمهور بما رواه أحمد، ومسلم عن عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ كان يَغْزُو بالنِّسَاءِ فَيُدَاوِينَ الْجَرْحَى وَيُحْذَيْنَ مِنَ الْغَنِيمَةِ، وَأَمَّا بِسَهْمٍ فَلَمْ يُضْرَبْ لَهُنَّ. وعنه: كان رسول الله ﷺ «يُعْطِي الْمَرْأَةَ وَالْمَمْلُوكَ مِنَ الْغَنَائِمِ دُوْنَ مَا يُصِيبُ الْجَيْشُ» رواه أحمد. وعنه أيضاً «أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى نَجْدَةَ الْحَرُوْرِيِّ سَأَلْتُ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ هَلْ كَانَ لَهُمَا سَهْمٌ مَعْلُوْمٌ إِذَا حَضَرَا الْبَأْسُ، وَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا سَهْمٌ مَعْلُوْمٌ أَلاَّ أَنْ يُحْذَيَا مِنْ غَنَائِمِ الْقَوْمِ» رواه أحمد، ومسلم.

وليس للإمام مالك على منح الرضخ دليل معروف. قال الشوكاني: والظاهر أنه لا يُسْهِمُ للنِّساءِ، والصبيان، والعبيد، والذميين وما ورد من الأحاديث مما فيه إشعار بأن النبي ﷺ أسهم لأحد من هؤلاء فينبغي حمله على الرضخ، وهو العطية القليلة، جمعاً بين الأحاديث، وقد صرح ابن عباس بذلك. وكذلك صرح حديث عمير مولى أبي اللحم فإن فيه أن النبي ﷺ رَضَخَ لَهُ بِشَيْءٍ مِنَ الأَثَاثِ وَلَمْ يُسْهِمْ لَهُ وبذلك يتعين حمل ما جاء في مرسل الأوزاعي أن النبي ﷺ أَسْهَمَ لِلصِّبْيَانِ بِخَيْبَرَ» رواه الترمذي. وما في مرسل الزهري: «أنه ﷺ أَسْهَمَ لِقَوْمٍ مِنَ الْيَهُوْدِ قَاتَلُوْا مَعَهُ» رواه الترمذي وأبو داود في مراسيله وما عن حَشْرَجَ أنه ﷺ «أَسْهَمَ لِلنِّسَاءِ» رواه أحمد وأبو داود. ويحمل ذلك كله على مجرد العطية جمعاً بين الأحاديث.

اختلف الفقهاء في مأخذ الرضخ فذهب الحنفية والشافعي في قول له وأحمد في رواية عنه إلى أنه

الراجلُ](١)؟ فيه وجهان؛ بناءً على أنه هَلْ يجُوزُ أن يبلُغَ التعزيرُ حَدًّا أَمْ لا؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يجوزُ.

والثاني: يجوزُ، ولا يبلُغُ ثلاثةَ أسهمٍ.

ومِنْ أَيْنَ يرضخ للعبيد والنسوان والصبيان؟ فثلاثةُ أوجه:

أصحُّهما(٢): يكونُ مِنْ أربعةِ أخماسِ الغنيمةِ؛ كالسهام؛ لأنَّهُ يستحقُّ بحُضُورِ الوقعة.

والثاني: يكونُ مِنْ رأس [مال](٣) الغنيمةِ قَبْلَ إِخْرَاجِ الخمس؛ كالمُؤَنِ التي تَلْزَمُ الغنيمة في النقل والجَمْعِ والحِفْظِ [تكون مِنْ رأس مال الغنيمة](٤).

والثالثُ: من خمس الخُمُسِ سَهْمِ النبيِّ - ﷺ -.

وفي رَضْخِ الذمِّيِّ وجهان.

أَصحُّهما: كرضخ العبيد.

والثاني: يكونُ من خُمُسِ الخُمُسِ سَهْمِ النبيِّ، - ﷺ -؛ لأنَّهُ للمصالح.

فإنْ قلنا: يكونُ مِنْ رأس مال الغنيمة -: فهو كالسَّلَبِ -، إذا جَعَلْنَاهُ مِنْ رأسِ الغنيمةِ، فيبدأ الإمامُ إذا أراد القسمةَ، فيعطى السَّلَب إلَىٰ القاتلِ، ويرضخ لأَهْلِ الرَّضْخِ، ثم يُخَمِّسُ الباقي؛ كما ذكرنا، ومن حضر بِفَرَسَيْنِ -: فلا يسهم إلاَّ لفرس واحدٍ، لأنه لا يقاتِلُ إلاَّ عَلَىٰ واحدٍ.

وفيه قولٌ آخر: أنه يُسْهِمُ لهما، ولا يُسْهِم لأكثر من ذلك، وهو قولُ الأوزاعي:

والأوَّلُ المذهبُ؛ لما روي عن ابْنِ عمر: «أنَّ الزبيرَ حَضَرَ يَوْمَ حُنَيْنٍ بِأَفْراسٍ، فَلَمْ يُسْهِمِ النَّبِيُّ - ﷺ - إلاَّ لِفَرَسٍ وَاحِدٍ»(٥).

= من أصل الغنيمة، والحجة في ذلك أنه من أعوان المجاهدين فجعل حقه في أصل الغنيمة كالنقال والحافظ وذهب الشافعي في أظهر الأقوال عنده، وأحمد في رواية عنه إلى أنه من الأخماس الأربعة، والحجة في ذلك أنه من المجاهدين فحقه في الأخماس الأربعة.

وذهب الشافعي في قول ثالث إلى أنه من خمس الخمس المرصد للمصالح. وذهب الإمام مالك إلى أنه من الخمس كله. والحجة في ذلك أنه من أهل المصالح فحقه في سهمها. والراجح المذهب الأول، لأنه لم يصل إلى درجة المجاهدين حتى يعتبر منهم، ولأن عمله أشق من عمل أرباب المصالح فلا يصح اعتباره منهم.

(١) سقط في د.

(٢) في د: أحدهما.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه البيهقي (٦/ ٣٢٦). وقال ابن الملقن في «خلاصة السد المنير» (٢/ ١٥٧): ووقع في الرافعي يوم =

وسَهْمُ الفَرَسِ يَسْتَوِي فيه العتيقُ، وَهُوَ: الذي أبواهُ عربيَّانِ، والمُقْرِفُ، وهو: الذي أمُّهُ عربيَّةٌ، وأبوه عَجَمِيٌّ، والهَجِينُ، وهو: الَّذِي أُمُّهُ عجميَّةٌ، وأبوه عَرَبِيٌّ، والبِرْذَوْنُ، وهو: الذي أبواه عَجَمِيَّانِ؛ لأنَّ النَّبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «الخَيْلُ مَعْقُودٌ فِي نَوَاصِيهَا الخَيْرُ إلَىٰ يَوْمِ القِيَامَةِ ـ: الأَجْرُ، والمَغْنَمُ»[1]، واْسمُ الخَيْلِ يتناوَلُ الكُلَّ.

= حنين بدل خيبر وهو وهم.

(١) ورد عن جماعة من الصحابة: منهم: عروة البارقي، وعبد الله بن عمر، وأنس بن مالك، وأبي هريرة، وجرير بن عبد الله، وأبي كبشة، وابن مسعود وجابر.

أما حديث عروة البارقي فأخرجه البخاري (٦/ ٦٤) في الجهاد والسير، باب الخيل معقود في نواصيها الخير (٢٨٥٠)، و(٦/ ٦٦) باب الجهاد ما حق مع البر والفاجر (٢٨٥٢) و٦/ ٢٥٣ في فرض الخمس (٣١١٩) ٦/ ٧٣١ في المناقب (٣٦٤٣). ومسلم (٣/ ١٤٩٣) في الإجارة، باب الخيل في نواصيها الخير إلى يوم القيامة (٩٨/ ٩٩/ ٨٧٣)، والنسائي (٦/ ٢٢٢) في الجهاد، باب فتل ناصية الفرس، وابن ماجه (٢/ ٩٢٣) في الجهاد، باب ارتباط الخيل في سبيل الله (٢٧٨٦)، وأحمد (٤/ ٣٧٥، ٣٧٦)، وأبو يعلى (٦٨٢٨) والحميدي في مسنده (٢/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣) برقم(٨٤١، ٨٤٢)، والدارمي (٢/ ٢١١، ٢١٢) في الجهاد، باب فضل الخيل في سبيل الله، وسعيد بن منصور في سننه (٢/ ١٩٨) في الجهاد، باب الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة (٢٤٢٦)، والطيالسي في الجهاد (١/ ٢٤١) برقم(١١٨٤، ١١٨٥)، والطبراني (١٧/ ١٥٥) برقم (٣٩٦ ـ ٤٠٠)، والبيهقي (٦/ ١١٢) في القراض، باب المضارب يخالف بما فيه زيارة لصاحبه، و(٦/ ٣٢٩) في قسم الفيء، باب الإسهام للفرس دون غيره من الدواب، (٩/ ٥٢) في السير، باب تفضيل الخيل، و(١٠/ ١٥) في كتاب السبق والرمي، باب ارتباط الخيل عدة في سبيل الله عز وجل، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/ ٢٧٤، ٢٧٥) وأبو نعيم في الحلية (٨/ ١٢٧)، والبغوي في شرح السنة بتحقيقنا (٥/ ٥٣٠)، والسير والجهاد، باب اتخاذ الخيل للجهاد (٢٦٣٩) من طرق عنه به.

وأما حديث ابن عمر فأخرجه البخاري (٦/ ٦٤) في الجهاد والسير باب الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة (٢٨٤٩)، (٦/ ٧٣١) في المناقب (٣٦٤٤) ومسلم (٣/ ١٤٩٢، ١٤٩٣) في الإمارة، باب الخيل في نواصيها الخير إلى يوم القيامة (٩٦/ ١٨٧١)، والنسائي (٦/ ٢٢١ ـ ٢٢٢) في الخيل، باب فتل ناصية الفرس.

وأما حديث جرير فأخرجه مسلم (٣/ ١٤٩٣) في الإمارة، باب الخيل في نواصيها الخير إلى يوم القيامة (٩٧/ ١٨٧٢)، والنسائي (٦/ ٢٢١) في الخيل، باب فتل ناصية الفرس، وأحمد (٤/ ٣٦١)، والطحاوي (٣/ ٢٧٤)، والبغوي في شرح السنة بتحقيقنا (٥/ ٥٣٠) رقم (٢٦٤٠) من طريق يونس بن عبيد عن عمرو بن سعيد عن أبي زرعة عن جرير بن عبد الله قال: رأيت رسول الله ﷺ يلوي ناصية فرس بإصبعه وهو يقول: الخيل معقود بنواصيها الخير إلى يوم القيامة، الأجر والغنيمة.

وأما حديث أبي كبشة فأخرجه الطبراني (٢٢/ ٣٣٩) برقم (٨٤٩) وابن حبان (١٦٣٥ ـ موارد)، والطحاوي (٢/ ٢٧٤)، والحاكم (٢/ ٩١) من طريق ابن وهب حدثني معاوية بن صالح، حدثني نعيم بن ابن زياد أنه سمع أبا كبشة صاحب النبي ﷺ يقول: الخيل معقود في نواصيها الخير وأهلها معانون عليها والمتفق عليها كالباسط يده بالصدقة.

وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذه الزيادة، ووافقه الذهبي.

وفيه قولٌ آخر: أنه لا يسهم للبِرْذَوْنِ، بَلْ يرضخ له؛ لأنَّه لا يَعْمَلُ عَمَلَ العَرَبِيِّ، وليس بصحيحٍ؛ لأنَّهُ من جِنْسِ الفَرَسِ، وإن اختلفا في قَدْرِ العناء والقُوَّة؛ [كالرجلان:

= وقال الهيثمي في المجمع (٥/ ٢٦٢): رجالة ثقات.

وأما حديث ابن مسعود عن أبي يعلى (٥٣٩٦)، قال حدثنا داود بن رشيد، حدثنا بقية بن الوليد عن علي بن علي حدثني يونس عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن مسعود قال: جاءه رجل فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في الخيل شيئاً؟ قال: نعم: سمعت رسول الله ﷺ يقول: الخيل معقود.... فذكره مطولاً.

وذكره الهيثمي في المجمع (٥/ ٢٨٠) وقال: رواه أبو يعلى، وفيه بقية بن الوليد وهو مدلس، وبقية رجاله ثقات.

وأخرجه مسلم (١٢١/ ٢٣٥٣) عن يونس بن عبيد عن عمار مولى بني هاشم قال: سألت ابن عباس: كم أتى لرسول الله ﷺ يوم مات؟ فقال: ما كنت أحسب مثلك من قومه يخفى عليه ذلك. قال: قلت: إني قد سألت الناس فاختلفوا عليّ. فأحببت أن أعلم قولك فيه. قال: أتحسب؟ قال: قلت: نعم. قال أمسك أربعين. بعث لها خمس عشرة بمكة. يأمن ويخاف. وعشراً من مهاجره إلى المدينة.

وقال الحافظ في الفتح (٨/ ٦٢٠) عقب حديث ابن عباس وعائشة «لبث النبي ﷺ بمكة عشر سنين...» وهذا ظاهره أنه ﷺ عاش ستين سنة إذا انضم إلى المشهور أنه بعث على رأس الأربعين، لكن يمكن أن يكون الراوي ألغى الكسر كما تقدم بيانه في الوفاة النبوية، فإن كل من روى عنه أنه عاش ستين أو أكثر من ثلاث وستين جاء عنه أنه عاش ثلاثاً وستين، فالمعتمد أنه عاش ثلاثاً وستين، وما يخالف ذلك إما أن يحمل على إلغاء الكسر في السنين، وإما على جبر الكسر في الشهور، وأما حديث الباب فيمكن أن يجمع بينه وبين المشهور بوجه آخر، وهو أنه بعث على رأس الأربعين، فكانت مدة وحي المنام ستة أشهر إلى أن نزل عليه الملك في شهر رمضان من غير فترة، ثم فتر الوحي، ثم تواتر وتتابع، فكانت مدة تواتره وتتابعه بمكة عشر سنين من غير فترة، أو أنه على رأس الأربعين قرن به ميكائيل أو إسرافيل فكان يلقي إليه الكلمة أو الشيء مدة ثلاث سنين كما جاء من وجه مرسل، ثم قرن به جبريل فكان ينزل عليه بالقرآن مدة عشر سنين بمكة.

وأما حديث جابر فأخرجه أحمد (٣/ ٣٥٢) من طريق إبراهيم بن إسحاق وعلي بن إسحاق، حدثنا ابن المبارك عن عتبة بن أبي حكيم حدثني حصين بن حرملة عن أبي مصبح عن جابر به.

وأخرجه أبو يعلى في معجم شيوخه (١٩٥) من طريق يحيى بن سعيد الأموي عن مجالد عن الشعبي عن جابر عن النبي ﷺ مرفوعاً.

وأخرجه ابن عدي في الكامل (٧/ ٢٥٥٧) من طريق الحسن بن سفيان حدثنا محمد بن الصباح، حدثنا علي بن ثابت عن الوازع عن أبي سلمة عن جابر.

وذكره الهيثمي في المجمع (٥/ ٢٦١) وقال: رواه أحمد، والطبراني في الأوسط باختصار ورجال أحمد ثقات.

وقال الحافظ في الفتح (٦/ ٦٧): روى حديث الخيل معقود في نواصيها الخير، جمع من الصحابة غير من تقدم ذكره، وهم ابن عمر وعروة وأنس وجرير وممن لم يتقدم سلمة بن نفيل (٦/ ٢١٤)، وأبو هريرة عن النسائي، وعتبة بن عبد السلمي عن أبي داود (٢٥٤٢)، وجابر، وأسماء بنت يزيد (٦/ ٤٥٥)، وأبو ذر (٥/ ١٨١) عن أحمد وابن مسعود عن أبي يعلى وأبو كبشة عن أبي عوانة =

الضَّعيفِ، والقوي][1]: يستويان في ٱستحقاقِ السَّهْمِ، إذا حضرا القتال.

ولا يسهم لدابَّةٍ سِوَىٰ الخَيْل، فإنْ حضر رجُلٌ عَلَىٰ بَعِيرٍ أو فيلٍ أو بَغْلٍ أو حمارٍ يُسْهم للراجل ويرضخ لهذه الدوابِّ؛ لأنَّهَا لا تَصْلُحُ لِلْكَرِّ والفَرِّ، كما تَصْلُحُ الخيلُ؛ ويجعلُ رضخ الفيلِ أكثَرَ مِنْ رَضْخِ البَغْلِ، ورَضْخِ البَغْل أكْثَر من رَضْخِ الحمار، ولا يبلغ سهم الفرس.

ويجوزُ أن يزادَ على رَضْخِ العبيدِ.

ومَنِ ٱسْتَأْجَرَ فَرَسًا أو ٱستعار، فَحَضَرَ عليه القتالَ: يستحقُّ سهمَهُ، ويكونُ له، وإنْ حَضَرَ عَلَىٰ فرسٍ مَغْصوبٍ ـ: يسهم لَهُ وللفَرَسِ، وسَهْمُ الفرسِ لِمَنْ يكون؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكونُ لِمَنْ قاتل عليه؛ لأنَّ الفرس لا يستحقُّ بنفسه شيئًا، إنَّما يستحقُّ بالراكِبِ؛ لأنَّ العناء والقُوَّةَ منه.

والثاني: يكونُ للمالِكِ؛ لأنَّ الراكِبَ مَا أَبْلَىٰ بنفسه وَحْدَهُ، إنَّما أبلَىٰ به وبالفَرَسِ، فله سَهْمُهُ، ولمالك الفرسِ سَهْمُ الفَرَسِ.

ونظير هذا: إذا ٱصطاد بجارِحَةٍ مغصوبةٍ ـ: فالصيدُ لِمَنْ يكون؟ فيه وجهان.

وعلى الإمَامِ أَنْ يتعاهد الخَيْلَ، إذا أراد دخولَ دَارِ الحَرْبِ؛ فلا يُدْخِلُ إلاَّ فرسًا شديدًا، ولا يدخل حُطَمًا، [وهو الكَسِيرُ][2]، ولا قَمْحًا وهو: المُسِنُّ الضعيفُ، ولا ضِرْعًا وهو: الصغيرُ الضَّعيفُ، ولا أَعْجَفَ رَازِحًا[3].

فلو أدخل رَجُلٌ منها شيئًا ـ نظر: إن كان الإمامُ قد نَهَىٰ عنه ـ: فلا يستحقُّ له شيئًا، وإن لم يَنْهَ أو لَمْ يسمع صاحبه نهيه ـ: فَهَلْ يسهم له؟ فيه قولان:

أحدهما: يُسْهم له؛ كالشيخِ الضعيفِ، إذا حَضَرَ: يستحق السَّهْم.

= وابن حبان في صحيحيهما، وحذيفة عن البزار، وأبو أمامة وعريب وهو بفتح المهملة وكسر الراء بعدها تحتانية ساكنة ثم موحدة، المليكي، والنعمان بن بشير وسهل بن الحنظلية عن الطبراني، وعن علي عن ابن أبي عاصم في الجهاد...

(١) في د: كالرجل القوي والضعيف.

(٢) سقط في د.

(٣) رَازِحاً:

الرازح:

رزح البعير يَرْزَح رُزاحاً ورُزُوحاً.

ضعف ولصق بالأرض من الإعياء أو الهزال لا يتحرك فهو رازح والجمع روازح ورزّاح ورَزْحَى ورَزَاحى.

ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٤١).

والثاني ـ وهو الأصح ـ: لا يسهم له؛ لأَنَّهُ لا يغني عناء الخيل، بَلْ يَكُونُ كَلًّا على صاحِبِهِ؛ بخلافِ الشَّيْخِ: فإنه يستعانُ برأيه.

وقال أبو إسحاق: إنْ أَمْكَنَ القتالُ عليه: يسهم [له][١]؛ وإلاَّ فلا.

وإنْ كان القتالُ في حِصْنٍ أو بيتٍ لا يحتاجُ فيه إلى الفَرَسِ ـ: يستحقُّ صاحبُهُ سَهْمَ الفرس؛ لأنه يحتاجُ إلَيْهِ إذا أَخْرَجُوا.

ومن حَضَرَ القتال مُخَذِّلاً، أو كان يرجف بالمُسْلِمِينَ ـ: فلا شَيْءَ له من الغنيمة؛ لأنَّ في حضوره مَضَرَّةً للمسلمين.

ومَنْ حضر الوقعةَ مريضًا ـ نُظِرَ إنْ كان مَرَضًا يرجَىٰ زوالُهُ ـ: يستحقُّ السهم، وإلاَّ فلا.

ولو حَضَرَ صحيحًا، فمرض [في الحربِ][٢]، أو أثخن بالجراحَةِ، بحيثُ لا يمكنُهُ القتالُ ـ: نُظِرَ: إنْ كان [يُرْجَىٰ زوالُهُ: يستحقُّ السهم، وإنْ كان][٣] لا يرجَىٰ زوالُهُ ـ: فعلى قوْلَيْنِ:

أصحُهما: يستحقُّ؛ لأنه معذورٌ بِتَرْكِ القتالِ؛ كما لَو مَرِضَ مرضًا يرجَىٰ زواله.

والثاني: لا يستحقُّ؛ لأنَّه خَرَجَ عَنْ أَنْ يَكُونَ منه قتالٌ؛ كما لو مات.

ولو حضر الوقعَةَ أجيرًا ـ نظر: إن اَسْتُؤْجِرَ للجهاد ـ: لا يصح؛ لأَنَّهُ يفترض عليه الجهاد، إذا حضر الوقعةَ، وإِذَا حَضَرَ ـ: لا يستحقُّ الأجْرَةَ، ولا السهم، قاتَلَ أو لم يقاتل؛ لأنَّه لم يحضر مجاهدًا.

وإن اَستؤجر لسياسَةِ الدوابِّ، وحِفْظِ المتاع، أو لعملٍ آخر مُدَّةً معلومةً، فحضر القتالَ ـ نظر: إن لم يقاتلْ: لا يستحقُّ من الغنيمة شيئًا.

وإنْ قاتل ـ: ففيه ثلاثة أقول:

أَحَدُهَا: له الأجرَةُ لجميعِ المُدَّةِ، ويُرْضَخَ له من[٤] الغنيمةِ؛ لأَنَّ منفعتَهُ مُسْتَحَقَّةٌ لغيره؛ كالعبد إذا حضر القتالَ: يرضخ له.

والثَّاني يسهم له مع[٥] الأجرةِ؛ لأنَّ الأجرَةَ تجبُ بالتَّمكينِ، والسَّهْم بحُضُورِ الوقعةِ، وَقَدْ وُجِدَ الكُلُّ.

---

(١) سقط في: د.
(٢) سقط في: د.
(٣) سقط في: د.
(٤) في د: في.
(٥) في د: مدة.

والثالث: يُخَيَّرُ بين السهم والأجرة؛ فإن اختار الأجرة ـ: فله الأجرة، ويرضَخُ من الغنيمة، فإنِ اختار السهم ـ: أُسْهِمَ له من الغنيمة، وجعل كأنه خَرَجَ للجهاد، وسَقَطَتِ الأُجرةُ؛ لأنَّ المنفعةَ الواحِدَةَ لا يُسْتَحَقُّ بها حَقَّانِ، فإنِ اختار السهم، وأسقطنا أجرَتَهُ ـ: فمن أيِّ وقت سقط؟

فيه وجهان:

أحدهما: مِنْ وَقْتِ دخولِ دار الحربِ، ويصيرُ مجاهدًا من ذلك الوقت بدُخُولِهِ دار العَدُوِّ.

والثاني: مِنْ وقتِ حضورِ الوقعةِ؛ لأنَّ استحقاقَ السَّهم بحُضُورِ الوقعةِ، فإذا اشتغل بالقتالِ: سَقَطَتْ أُجْرَةُ زَمَانِ اشتغالِهِ بالقتال؛ فأما أجرَةُ ما قبله وما بعده ـ: فلا يسقط هذا، إذا كَانَت [الأُجْرَةُ على][1] مدة معلومة.

فإنْ كانت في الذِّمَّةَ كأنه استأجَرَهُ لخياطَةِ ثوبٍ، فخَرَجَ وجاهَدَ ـ: فله السَّهْمُ، لا يختلفُ القولُ فيه، ويتأخَّر ما في الذمَّة من العَمَلِ إلىٰ أن يعمل.

فإنْ قلنا: يستحقُّ الأجيرُ السهْمَ: [فإن قتل كافرًا ـ: يستحقُّ سلبه، وإنْ قلنا: لا يستحقُّ السهم[2]] ـ: فهل يستحقُّ سَلَبَ القتيل؟ فعلى وجهَيْنِ؛ كالعبد.

ولو خرج للتجارةِ، فحضر الوقعة، فإنْ لم يُقاتِلْ ـ: لا يستحقُّ السهم، وإن قاتل فعلى قولين، وكذلك: تجار الجيش.

أحدهما: لا يسهم لهم؛ لأنَّهُمْ لم يحضروا للجهاد.

والثاني: يسهم لهم؛ لأنَّهُمْ قاتلوا مشاهَدَةً.

وأما من خرج للجهاد، فحمل مع نفسه بضاعَةً ليبيعها، فحَضَرَ الوقْعَةَ ـ: يستحقُّ السهم، قاتل أو لم يقاتل.

فإنْ قلنا: لا يسهم للتاجِرِ، فهَلْ يرضَخُ له؟ فيِه وجهان.

أصحُهما: يرضَخُ له؛ كالعبد.

ولو أفْلَتَ أسيرٌ من أيدي الكُفَّارِ، والْتَحَقَ بِصَفِّ المسلمين، وحَضَرَ القتالَ ـ: فإن كان من هذا الجَيْشِ ـ: اسْتَحَقَّ السهم، قاتَلَ أو لم يُقَاتِلْ، وإن كان مِنْ جيشٍ آخَرَ: فإنْ قاتل ـ: يستحقُّ السَّهْمَ، وإن لم يقاتلْ ـ: فعلى قولين:

---

(١) في د: الإجارة.

(٢) سقط في د.

أحدُهُما: يستحقُّ بحضوره الوقعة.

والثاني: لا يستحقُّ، لأنَّه لم يَقْصِدِ الجهاد.

ولو أسلَمَ كافرٌ منهم، وٱلْتَحَقَ بالمسلمين ـ: ٱستَحَقَّ السهم، قاتَلَ أو لم يقاتِلْ؛ لأنَّهُ قصد إعلاءَ كلمةِ ـ الله تعالَىٰ ـ بالإسلام، وحُضُورِ الوقعة.

فَصْلٌ في ٱسْتِحْقَاقِ الغَنِيمَةِ

رُوِيَ عَنْ أَبِي بَكرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ الله عَنهُمَا ـ أَنَّهُمَا قَالاَ: «الغَنِيمَةَ لِمَنْ شَهِدَ الوَقْعَةَ»[1].

ٱسْتِحْقَاقُ الغنيمة ـ عندنا ـ بحضور الوَقْعَةِ عَلَىٰ نِيَّةِ الجهادِ، وتُمْلَكُ بٱلْاسْتِيلاءِ والحيازةِ ـ.

وعند أبي حنيفة: ٱلْاستحقاقُ بدُخُولِ دارِ الحربِ علَىٰ عدم القتالِ، والمِلْكُ بٱلْاحْتِرَازِ بدار الإسلام.

ونعني بقولنا: تُمْلَكُ بٱلْاستيلاءِ والحيازةِ: أنه يَنْقَطِعُ حَقُّ الغير عنه، ولا يتوقَّف على النَّقْلِ إِلَىٰ دار الإسلامِ؛ لأَنَّهُمْ يملكُونَهَا ـ مِلْكًا حقيقيًّا.

وٱختلَفُوا في أَنَّهُمْ هَلْ يَملكونَهَا قَبْلَ القسمةِ.

قال ٱبْنُ سُرَيْجٍ وجماعةٌ: يملكُونَهَا، ولكنَّهُمْ [مَلِكُوا إنْ تملَّكُوا]؛ بدليلِ أنهم لو تَرَكُوا حقوقَهُمْ ـ: يترك.

ويجوزُ للإمامِ: أن يخص كلَّ طائفةٍ بنوعٍ ولو ملكوا ـ: لم يجزْ إبطالُ حقِّهم عَنْ بعض الأجناس.

ومنهم من قال: ملكوا ملكًا ضعيفًا، ولذلكَ لم تجبْ فيه الذكاةُ قبل القسمة.

أما إذا أفرز الإمامُ الخُمُسْ، وأفرز نصيبَ كُلِّ واحد منهم، أو أَفْرَزَ لكلِّ طائفةٍ شيئًا معلومًا، وٱختاروا التملُّكَ: ملكوه ملكًا حقيقًّا، حتَّىٰ لا يُتْرَكَ[2] بالتركِ، وبعد الإفراز قَبْلَ ٱختيارِ التملُّك ـ: هل يملكون؟ وجهان:

الأصحُّ: لا يملكون، حتى لو تَرَكَ بعضُهُمْ حقَّهُ ـ: يتركُ إلى الباقين، ولو تركوا جميعًا يُتْرَكُ إلى أَهْلِ الخمس.

ويتفرَّع على هذا الأصلِ الذي ذكرنا: مسائلُ مختلفٌ فيها:

---

(١) ذكره ابن الملقن في «الخلاصة» (١٥٨/٢) وقال: ذكرهما الشافعي.

(٢) في د: يزول.

[منها](١) أن قسمة الغَنَائِمِ يجوز في دارِ الحربِ، ولا تُكْرَهُ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَسَّمَ غَنَائِمَ بَدْرٍ لشعبْ مِنْ شِعَابِ الصَّفْرَاءِ قَرِيبٍ مِنْ بَدْرٍ، وَقَسَّمَ غَنَائِمَ بَنِي الْمُصْطَلِقِ عَلَىٰ مِيَاهِهِمْ، وقَسَّمَ غَنَائِمَ حُنَيْنٍ بَأَوْطَاسَ، وَهُوَ وَادِي حُنَيْنٍ.

وكره أبو حنيفة قَسْمَةَ الغنائمِ في دَارِ الحربِ.

ومنها: أنه إذا دخل دارَ الحربِ فارسًا، فمات فرسُهُ قبل حضورِ الوقعةِ، وحَضَرَ الوقعةَ راجلاً ـ: لا يستحقُّ سَهْمَ الفرس.

وعند أبي حنيفة: يستحقُّ.

وبالاتفاقِ: لو باع الفَرَسَ، أو كان قَدِ استعاره، وَرَدَّه، وحضر راجلاً ـ: لا يستحقُّ سهم الفرس، ولو مات صاحبُ الفَرَسِ قَبْلَ حضور الوقعة ـ: لا يستحقُّ، فإذا فات سَهْمُهُ بالموت ـ: فسهم فرسِهِ أولى.

ومنها: لو دخل دارِ الحربِ راجلاً، فاشْتَرَىٰ فرسًا، أو استأجر، أو استعار، وحضر الوقعةَ ـ: يستحقُّ سَهْمَ الفرسِ، وعنده: لا يستحقُّ.

ومنها: أنه لو لحق المسلمينَ مَدَدٌ بعد انقضاءِ الحربِ، وحيازَةِ الغنيمةِ قَبْلَ دخولِ دارِ الإسلامِ ـ: لا يستحقون شيئًا، وعِنْدَهُمْ: يستحقون.

وبالاتِّفَاقِ: لو لحقوا قبل تقضِّي الحرب، وحيازَةِ الغنيمةِ ـ: يستحقُّون قَلَّ حضورهم أو كثروا.

ولو لَحِقُوا بَعْدَ تقضِّي الحربِ قَبْلَ حيازةِ الغنيمة ـ: فعلى وجهين.

أصحُّهما: لا يستحقُّونَ؛ لأنهم لم يحضروا الوقعة؛ كما لو حضروا بعد حيازة الغنيمة.

والثاني: يستحقون؛ لأنَّهم لحقوا قَبْلَ كمال الاستيلاء.

وكذلك: الأسيرُ إذا أَفْلَتَ إلينا بعد تقضِّي الحربِ وقَبْلَ حيازةِ الغنيمةِ ـ: هلْ يستحقُّ السهم؟ فعلَىٰ وجهين.

ولو لحقوا قبل تقضِّي الحربِ، وقد أحرزوا الغنيمةَ أو بعضَهَا ـ: فإنَّهم يشتركُونَ فيما أحرزُوا بَعْدَ حضورهم.

وهل لهم شركةٌ فيما أحرزوا مِنْ قبل؟ فيه وجهان: الأصحُّ: أنَّهم يستحقُّونَ منه؛ لأنهم حَضَرُوا الوقعةَ، ولو مات واحدٌ من الغانمين بعد تقضِّي الحرب وحيازةِ الغنيمةِ قبل

(١) سقط في د.

دخولِ دَارِ الإِسْلامِ: يورث منه سَهْمُهُ، ولو مات فرسُهُ: يستحقُّ سهمه كله، وعند أبي حنيفة؛ إذا مات لا يورث سهمه.

ولو مات بعد تقضِّي الحرب قبل حيازة الغنيمة ـ: هل يُورَثُ سهمه؟ أو مات فرسُهُ ـ: هل يستحقُّ سهمه؟ فعلى وجهين: أَصَحُّهما: يورث ويَستحقّ.

ولو مات واحدٌ مِنْهُمْ في حَالِ القتالِ قَبْلَ تَقضِّي الحرب، أو قتل ـ: فلا حَقَّ له في القسمة[1]، ولا يورث منه.

ولو ماتَ فرسُهُ في خلالِ القتالِ: فالقياسُ أنه لا يَسْتحقُّ سهمه.

وفيه قولٌ آخر: أنه يستحقُّ سهم فَرَسِهِ؛ بخلافِ ما لو ماتَ الفارسُ؛ لأنه متبرِّع وقد فَات.

ولو غار فرسُهُ إِلَىٰ أن تقضى الحَرْب ـ، فالمذهب: أنه لا يستحقُّ سهمه.

ولو هرب واحدٌ في خلالِ القتالِ، ولَمْ يَعُدْ حتَّىٰ تقضى الحرب ـ: فلا حَقَّ له في الغنيمةِ، وإنْ عاد قبل[2] تقضِّي الحربِ ـ: يعطي مما يُحَازُ بعد عودة، ولا يُعْطَىٰ مما حِيزَ مِنْ قبل.

ولو وَلَّىٰ متحرِّفًا لقتالٍ، أو متحيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ ـ: لا يبطُلُ حَقُّهُ، ولو هرب ثُمَّ ٱدَّعَىٰ أنِّي كُنْتُ مُتَحرفًا لقتالٍ، أو متحيِّزًا إلى فئةٍ: فإن لم يَعُدْ إلاَّ بعد تقضِّي الحرب ـ: لا يُقْبَلُ قوله؛ لأن الظاهر جُبْنُهُ وَهَرَبُهُ، وإنْ عاد قبله ـ: قُبِلَ قَوْلُهُ مع يمينه، فإنْ حلف ـ: أُعْطِيَ مِنَ الكُلِّ، وإن نَكَلَ ـ: لا يُعْطَى إلاَّ مما يُحازُ بَعْدَ عودة، وإذا دَخَلَ الإِمَامُ في دَارِ الحرب، وفَرقَ الجَيْشَ في النواحي، وغنموا ـ: فجميع الجيش مع الإمامِ شركاءٌ فيها، وكذلك: لو غَنِمَ بعضُهُمْ دون بعض ـ: فكلُّهم شركاءُ فيه؛ لأن بعضهم كان ردءًا للبعض، وقد تفرَّقَتْ خَيْلُ المسلمين، فَغَنِمتْ بِأَوْطَاسَ وأَكْثَرُ العَسْكَرِ بحُنَيْنٍ، فَشَرَكُوهُمْ، وجاء في الحديث: «تُرَدُّ سَرَايَاهُمْ عَلَىٰ قَعِيدَتِهِمْ».

وكذلك: لو بَعَثَ الإمامُ قائدًا إِلَىٰ دارِ الحربِ، ففرق القائد جيشَهُ في نواحي دارِ الحرب ـ: فهم مع القائِدِ شركاءُ فيما أخذوا.

أما مَنْ كان مُقيمًا في دارِ الإِسْلامِ ـ: فلا شركَةَ لهم فيما غَنِمُوا، وإن كانوا قريبًا منهم؛ فإنَّ السرايا كانَتْ تخرُجُ من المدينةِ، فتغنُم ـ: فلا يشاركهم أهلُ المدينة.

---

(١) في د: الغنيمة.

(٢) في د: بعد.

وكذلك: لو أقام الإمَامُ في دارِ الإسلامِ، وبعث السرايَا ـ: فما غنموا لا يَشْرَكُهُم[١] الإمامُ ولا مَنْ معه فيه.

ولو بعث سَرِيَّتَيْنِ إِلَىٰ جهتَيْنِ ـ: فما غنمَتْ إحداهما ـ: لا تشركها[٢] الأخرَىٰ فيه، فإنْ بعثهما إِلَىٰ جهةٍ واحدةٍ ـ، نظر: إنْ أَمَّرَ عليهما أميرًا واحدًا ـ: يتشارَكُونَ فيما غَنِمُوا، وإنْ أَمَّرَ على كُلِّ سريَّة أميرًا ـ: فلا يتشاركون إلاَّ أن تكون إحداهما قريبَةً من الأخرَىٰ، بحيَثُ يكُونُ بعضُهُمْ عونًا لبعضٍ: فيشتركُونَ فيما غنموا.

ولو غَزَتْ طائفةٌ بِغَيْر[٣] إِذْنِ الإمامِ ـ: يُكْرَهُ لهم ذلك؛ لأنهم إذا خرجوا بإذنه[٤] يتفحَّصُ[٥] عن حالهم، ويُعِينُهُمْ بالمَدَدِ، فإذا فَعَلُوا دون إذنِهِ، وغنموا ـ: يخمَّس ما غنموا، سواءٌ قلَّ عددهم أو كثر، فالخمس لأهْلِ الخمسِ، والباقي لهم، حَتَّىٰ لو دخل رجُلٌ واحد دارَ الحَرْبِ، فقاتلَ حربيًا، وأخذ منه مالاً ـ: يخمس، والباقي بَعْدَ إفراز الخمس ـ: له.

ولو دَخَلَ دارَ الحربِ، فأخذ من حربيٍّ شيئًا على جهةِ (السَّوْمِ)، ثم جحد ـ، وهرب ـ: فهو له خاصَّة، ولا يخمَّس.

وعند أبي حنيفة: إن دخلَ جماعةٌ، وغَنِمُوا: فإنْ كَثُرَ عَدَدُهُمْ ـ: يخمَّس ما غنموا، وإنْ قلَّ عددهم ـ: فلا يخمَّس، إلاَّ أن يكون دُخُولُهُمْ بِإِذْنِ الإمام، وظاهرُ القرآنِ، وهو قوله تعالَىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّ ما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيءٍ فَأَنَّ للهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] حجَّةٌ لِمَنْ أَوْجَبَ التخميسَ؛ إذْ لَيْسَ في الآيَةِ فَصْلٌ بين العَدَدِ القليلِ وَالكثيرِ، وبَيْنَ أن يكون خروجهم بإذْنِ الإمامِ أو دُونَ إِذْنِهِ.

ولو غَزَتْ جماعَةٌ من العبيدِ، فغنموا ـ: يخمَّس، والباقي بعد الخمسِ لساداتهم، سواءٌ خَرَجُوا بإذْنِ السَّادات أو دُونَ إذنهم، وكذلك: لو غَزَتْ جماعةٌ مِنَ المراهقين، أو مِنَ النِّسَاءِ، فغنموا ـ: يخمَّسُ، والباقي ـ بعد الخُمُسِ ـ: لهم، فإنْ كان مَعَهُمْ رَجُلٌ بَالِغٌ ـ: فلِلْصِّبْيانِ والنِّسْوَانِ الرَّضْخُ، والبَاقي للرَّجُلِ البالِغِ؛ لأنَّا وَجَدْنَا ههنا مَنْ يأخذ الباقِيَ بَعْدَ الرَّضْخِ؛ بخلافِ ما لو كان الكُلُّ صبيانًا ونساءً.

وفيه وجْهٌ آخر: أنَّ النساء والصبيانَ إذا غَزَوْا وغَنِمُوا، لَيْسَ معهم رَجُلٌ ـ: فلهم

---

(١) في د: يشاركهم.

(٢) في د: تشاركها.

(٣) في د: دون.

(٤) في د: عن إذنه.

(٥) يتفحَّصُ: وخص عن الشيء: بحث عنه.
ينظر: مختار الصحاح (ص ٤٩٢).

الرَّضْخُ، والباقي لبيتِ المالِ.

ولوْ غَزَتْ جماعةٌ من المراهقين، فغنموا، وسَبَوْا، وفي السَّبْي صغار ـ: يحكَمُ بإسلامِهِمْ تبعًا للصبيان الغانمين.

وكذلك: المَجْنُونُ إذا سبى.

أما الذِّمِّيُّ: إذا غَنِمَ مالاً مِنْ أهلِ الحربِ ـ: فلا يخمَّس، لأنَّ الخمس حَقٌّ واجبٌ على المسلمين؛ كزكاة المال.

فَصْلٌ فيما يحل في الوقعة من التبسط في الغنيمة

رُوِيَ عَنِ ٱبْنِ عُمَر؛ أَنَّهُ قَالَ: «كُنَّا نُصِيبُ في مغَازِينا العَسَلَ وَالْعِنَبَ، فَنَأْكُلُهُ»[1] ولا يرفَعُهُ.

إذا دَخَلَ جيشُ المسلمينَ دَارِ الحَرْبِ، وأَصَابُوا غَنَائِمَ، وفيها أطعمةٌ ـ: جازَ لهم أن يَتَناوَلُوا منها قَبْلَ القِسْمَةِ ما يَحْتَاجُونَ إِلَيْهِ لنفقتهم، ونَفَقَةِ مَنْ مَعَهم، ويأخُذُوا عَلَفَ دوابِّهم مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، فَمَنْ كَانَتْ له دابَّة؛ يأخذُ علَفَهَا، ومن كانت له دابَّتانِ أو أكثرُ: يأخذ أكثر، والزَّهيد: يأخذ أقلَّ من الأكُولِ، سواءٌ كان ذلك الطعامُ قُوتًا أو فاكهةً أو حلاوةً.

وجُوِّزَ ذلك لهم؛ لأجْلِ الضرورةِ ومَسَاسِ الحاجَةِ إليه؛ فإنَّ الغالِبَ عِزَّةُ الطعام في دارِ الحرب؛ لأنَّ الكُفَّارَ إذا أَحَسُّوا بقدوم الغُزَاةَ ـ: يُخَبِّئونَ الأطعمة، فأَبْقَىٰ الشرعُ الطعامَ في

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٢٥٥): كتاب فرض الخمس ـ باب ما يصيب من الطعام في أرض الحرب، حديث (٣١٤٥)، وأبو داود (٣/ ١٤٩): كتاب الجهاد ـ باب في إباحة الطعام في أرض الطعام ـ حديث (٢٧٠١)، والبيهقي (٩/ ٥٩٠): كتاب السير ـ باب السرية تأخذ العلف والطعام لكن من حديث ابن عمر أما حديث ابن أبي أوفى في هذا الباب.

أخرجه أبو داود (٣/ ١٥١): كتاب الجهاد ـ باب في النهي عن النهب إذا كان في الطعام قلة في أرض العدو ـ حديث (٢٧٠٤)، وابن الجارود (ص ٣٥٩)، باب إباحة أطعمة العدو من غير قسم ـ حديث (١٠٧٢)، والحاكم (٢/ ١٢٦): كتاب قسم الفيء ـ باب تنفيل الثلث بعد الخمس، وأحمد (٤/ ٣٥٤)، والبيهقي (٩/ ٦٠): كتاب السير باب السرية تأخذ العلف والطعام.

من طريق أبي إسحاق الشيباني عن محمد بن أبي المجالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال: «أصبنا طعاماً يوم خيبر وكان الرجل منا يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق».

قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري فقد احتج بمحمد وعبد الله ابني أبي المجالد جميعاً ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

وأخرجه الحاكم (٢/ ١٣٣ ـ ١٣٤) من طريق أبي إسحاق الشيباني وأشعث بن سوار عن محمد بن أبي المجالد به.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

حَقِّهِمْ على أَصْلِ الإِباحة.

وإذا ظَفِرُوا بشَيْءٍ منها ـ: كان لهم تناوُله، وإنْ تفاوَتُوا فيه؛ كالقَوْمِ يَتَنَاهَدُونَ في السَّفَرَ: جُوِّزَ لهم ذلك مَعَ تفاوُتِهِمْ في الأَكْلِ، وهل يَجُوزُ لهم أن يَأْكُلُوا مِنْ غير حاجَةٍ؛ بأَنْ كان حمل مع نفسه طعامًا؟ فيه وجهان:

قال ابن أبي هريرة: لا يَجُوزُ؛ كما لا يجوز في غَيْرِ دَارِ الحَرْبِ أَكْلُ مالِ الغيرِ لغَيْرِ حاجة.

والمذهبُ: أنه يجوزُ؛ وهو قَوْلُ أكثرِ الأصحاب؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدَ الله بْنُ مُغَفَّلٍ قَـالَ: «أَصَبْتُ جِرَابًا مِنْ شَحْمٍ يَوْمَ خَيْبَرٍ فَٱلْتَزَمْتُهُ، وَقُلْتُ: لاَ أُعْطِي مِنْ هَذَا أَحَدًا شَيْئًا، فَٱلْتَفَتُّ، فَإِذَا رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ يَبْتَسِمُ»[1].

ولو لم يَجُزْ أن يتناوَلَ أكثَرَ من قدر الحاجةِ ـ: لنَهَاهُ عَنْ ذلك، وَلَيْسَ كطعامِ الغَيْرِ في غَيْرِ دَارِ الحربِ؛ لأنَّه يأكُلُهُ بِعَوضٍ؛ فشرط فيه ٱلأضطرار الحقيقيّ، وههنا: يتناوله بغَيْرِ عِوَضٍ؛ وذلك لما قلنا: إنَّ الطعام بَقِيَ في حَقِّهِمْ على الإباحةِ للمعَنَى الَّذي ذكرنا، كمن أضاف جماعةً، وقدَّم إليهم طعامًا ـ: جاز لهم التناوُلُ مع التفاوُتِ، وإنْ كان مَعَ واحدٍ طعامٌ حمله مع نفسه.

ولا يجوزُ أن يَبيعَ شيئًا منه؛ لأنَّ حاجَتَهُ إلى الأَكْلِ لاَ إِلَىٰ البَيْعِ، فإنْ باع شيئًا مِنْهُ ـ نظر: إن باعه مِنْ غَيْرِ الغانمينَ، وسلَّمه: يجبُ على المشتري رَدُّهُ إلى الغنيمة، وإن باعه مِنْ بَعْضِ الغانمين، وسلَّمه ـ: كان المشتري أَحَقَّ به؛ لأنَّه مِنَ الغانمين، وقد حَصَلَ في يده مَا يَجُوزُ له أَخْذُهُ فإن رَدَّهُ إلى البائع ـ: صار البائعُ أَحَقَّ به، حَتَّىٰ لو تَبَايَعَ رجلانِ مِنَ الغانمين صاعًا بصاعَيْنِ ـ: لم يكُنْ رِبًا، وصار كأَنَّ الذي أَعْطَىٰ صاعَيْن آثَرَ صاحبَهُ على نفسِهِ ممَّا دفع إليه، هذا كما لو كَانَ في يَدِ عبده طعامٌ، فتبايعا صاعًا بصاعَيْن ـ: لم يَكُنْ لِذَلِكَ البَيْعِ مَعْنًى، ولا ربا فيه.

ويَجُوزُ لهم التزوُّدُ مِنْ ذَلِكَ الطعامِ؛ لقطع المسافة، ولا يَجُوزُ أَنْ يأخذ منه كسوَتَهُ، ولا مَطْعُومًا يُؤْكَلُ نادرًا؛ كالفانيذ والسُّكَّرَ.

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٢٥٥): كتاب ما يصيب من الطعام في أرض الحرب ـ حديث (٣١٥٣) ومسلم (٣/ ١٣٩٣): كتاب الجهاد والسير ـ باب جواز الأكل من طعام الغنيمة ـ حديث (٧٢/ ١٧٧٢) وأحمد (٤/ ٨٦) وأبو داود (٣/ ١٤٩): كتاب الجهاد ـ باب في إباحة الطعام في أرض العدو ـ حديث (٢٧٠٢) والنسائي (٧/ ٢٣٦): كتاب الضحايا ـ باب ذبائح اليهود، والبيهقي (٩/ ٢٨٢): كتاب الضحايا ـ باب ما جاء من طعامهم وإن كانوا حرباً، وأبو داود والطيالسي (١/ ٢٣٨ ـ منحة) رقم (٢٠٦٥).

ولا يجوزُ أن يدهن شَعْرَهُ بدُهْنِ الغنيمةِ؛ لأنَّه لا حاجَةَ إليه، ولا يجوز تناوُلُ ما يصاب من الأدوية، إذا اُعْتَلَّ، فإن دَعَتِ الحاجةُ إليه ـ: تناوله ويضمَنُ قيمته؛ لأنَّهُ ليس من الأطعمة الّتي يحتاج إليها في العادة، ويَجُوزُ ذَبْحُ ما يؤكل من الحيوانِ للأَكْلِ؛ لأنَّه مما يُؤْكَلُ في العادة، ولا يَجُوز أنْ يعمل من إهابها حذاء ولا سقاء، فإن اتَّخذ شيئًا مِنْ ذلك ـ: يَجِبُ رَدُّهُ في المَغْنَمِ، وإنْ زادَتْ قيمتُهُ بالصَّنْعَةِ ـ: لم يكُنْ له في الزيادةِ حَقٌّ، وإنْ نَقَصَ ـ: لزمه أَرْشُ ما نقص كالغاصِبِ.

ولو أتْلَفَ شيئًا مِنْ مالِ الغنيمة ـ: لزمه الضمان، وإنْ لبس منه ثوبًا ـ: تلزمُهُ أجرتُهُ، رُوِيَ عَنْ رُوَيْفِعِ بْنِ ثَابِتٍ الأَنْصَارِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قَالَ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ـ: فَلا يَرْكَبْ دَابَّةً مِنْ فَيْءِ المُسْلِمِينَ، حَتَّىٰ إِذَا أَعْجَفَهَا رَدَّها، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ باللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ـ: فَلا يَلْبَسْ ثَوْبًا مِنْ فَيْءِ المُسْلِمِينَ، حَتَّىٰ إِذَا أَخْلَقَهُ رَدَّهُ»[1].

وإذا لَحِقَ مَدَدٌ بعد تقضِّي الحربِ ـ: لا يجُوزُ أن يطعموا منه؛ كَغَيْرِ الضَّيْفِ: لا يأكل مع الضيفِ من طعام المضيف، فإذا اُضْطَرُّوا ـ: أطعمهم الإمام من بيْتِ المالِ، وإذا دخلَ دار الإسلام ومعه بقيَّةٌ من الطعام الذي أَخَذَهُ من الغنيمةِ ـ: هل يجبُ رَدُّهُ؟ فيه قولان:

أصحُّهما يجبُ ردُّهُ؛ لأنا إنما جوَّزْنَا أخْذَهُ في دارِ الحربِ للحاجَةِ، وقد زالَتْ بدُخُولِ دَارِ الإسْلامِ.

والثاني: لا يَجِبُ؛ لأنَّ ما خَصَّ به من الغنيمة ـ: لا يجبُ رَدُّهَا؛ كالسَّلْبِ.

وقِيلَ: إنْ كان كثيرًا ـ: يجبُ ردُّه قولاً واحدًا.

والقولاَنِ في القليلِ.

ولو خَرَجُوا مِنْ دَارِ الحرب، ولم يَبْلُغُوا بَعْدُ عمرانَ دَارِ الإسلامِ ـ: فهل لَهُمْ أَنْ يتناوَلُوا مِنْ طعامِ الغنيمةِ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لَهُمْ ذلك؛ لأنَّ المعنَى الّذي أُبِيحَ به تناولُهُ في دار الحربِ، وهو ضيقُ الطَّعَامِ ـ ههنا ـ موجودٌ. **والثاني**: ليس لهم ذلكَ؛ لأنَّهم أحرزُوا الغنيمةَ بدخولِ دارِ الإسلامِ؛ فمن تناوَلَ منه شيئًا ـ: لزمه الضمان.

ولو أصاب المسلمون شيئًا مِنْ كتبهم، فإن كان منها شيْءٌ مُباحٌ مِنْ طِبٍّ أو شِعْرٍ ـ: فهو غنيمةٌ، وإنْ كان فيه كُفْرٌ ـ: لم يَجُزْ تركُهَا علَىٰ حَالِها؛ لأنَّ قراءتها والنظر إليها معصية.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/٦١٦): كتاب النكاح ـ باب في وطء السبايا ـ حديث (٢١٥٩) وأحمد (٤/١٠٨) والدارمي (٢/ ٢٣٠): كتاب السير، باب النهي عن ركوب الدابة من المغنم، وابن حبان (١٦٧٥ ـ موارد) من حديث رويفع بن ثابت.

وإنْ أصابوا التوراةَ والإنجيلَ الذي في أَيدِيهِمْ ـ: لم يَجُزْ تَرْكُهُ على حاله؛ لأنَّه مُبَدَّلٌ لا حرمة له، بَلْ يُغْسَلُ ويُمْحَىٰ وَيُنْتَفَعُ بأوْعِيَتِهِ، ويكونُ من الغنيمة.

وإن أصابوا خَمْرًا ـ: وجب إراقتُهَا، وإنْ أصابوا خنزيرًا ـ: يُقْتَلُ، وإنْ أصابوا كَلْبًا عقورًا ـ: قتل.

وإنْ كان كلبًا فيه منفعةٌ ـ: دفعْ إلىٰ مَنْ ينتفع به مِنْ أَهْلِ الخُمُسِ والغانمينَ، فإنْ لم يَكُنْ منهم مَنْ يحتاجُ إليه ـ: خُلِّيَ؛ لأنَّ اقْتناءَهُ لغير حاجة حَرَامٌ.

وإنْ أَخَذُوا واحدٌ منهم شيئًا مِنَ المباحاتِ التي لم تَكُنْ ملكًا لأَحَدٍ، كالحَطَبِ، والحشيشِ، والصَّيْدِ، والحَجَرِ ـ: فهو لِمَنْ أخذه، كما لو أخذه في دَارِ الإسلام.

وإنْ كان عَلَيْهِ أَثَرُ المِلْكِ، كالأثواب المصبوغة والأحجار المنحوتةِ، والصَّيْد المفرط وغَيْرِ ذلك مِنَ الأشياء المملوكةِ؛ كالسَّيْفِ والقَوْسِ ـ: فإن أمكن أَنْ يَكُونَ لمسْلِمٍ بأن كان في الدار مسلمُونَ يحتَمَلُ أن يكون لهم، ويحتملُ أن يكون للكفار ـ: فهو لُقَطَةٌ تُعَرَّفُ سَنَةً، فإنْ لم يظهر طالبُهُ ـ: يتملَّكه، وإنْ لم يَكُنْ في الدار مسلمُونَ ـ: فهو غنيمةٌ.

ولو وَجَدَ ضَالَّةً في دارِ الحربِ لحربيٍّ ـ: فهو غنيمةٌ؛ فالخُمُسُ لأهله، والباقي له ولِمَنْ معه.

ولو وَجَدَ ضالَّةً لحربيٍّ في دار الإسلامِ ـ: لا يختصُّ هو به؛ بل يكونُ فيئًا لأهْل الفَيْءِ.

وكذلك؛ لو دخل صَبِيٌّ أو امرأةٌ منهم بلادَنَا، فأخذه رجُلٌ ـ: يكون فيئًا، وإن دخل منهم رَجُلٌ، فأخذه مسلمٌ ـ: يكون غنيمةً؛ لأنَّ لأخذه مؤنةً، فللإمامِ أَنْ يَرَىٰ فيه رَأْيَهُ، فإنْ رَأَىٰ أن يسترقَّه ـ: يكونُ الخُمُسُ لأهله، والباقي لِمَنْ أخذه؛ بخلافِ الضالَّةِ: فإنَّها مالٌ من أموال المشركين وَقَعَ في أيدينا مِنْ غير قتال.

فَصْلٌ فِي الغُلُولِ مِنَ الغَنِيمَةِ

قال الله تعالَىٰ: ﴿وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ﴾ [آل عمران: ١٦١] الآية.

إذا غَلَّ وَاحِدٌ من الغانمين شَيْئًا مِنَ الغَنِيمَةِ ـ: عُزِّرَ، وإنْ سَرَقَ نصابًا ـ: لا قطع عليه، لأنَّ له فيه حَقًّا، ويستردُّ ما سرق إن كان قائمًا، وإنْ كان تالفًا ـ: يغرَمُ قيمتَهُ، ويجعَلُ في الغنيمة؛ وقد رُوِيَ عَنْ سَالِم، عن أبيهِ: «أَنَّ رَجُلاً غَلَّ مِنَ الغَنِيمَةِ، فَأَحْرَقَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ رَحْلَهُ»(١).

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٢) وأبو داود (٣/ ٦٩): كتاب الجهاد ـ باب في عقوبة الغال ـ حديث (٢٧١٣) =

وقال الشافعيُّ: إنْ ثبت الحديثُ ـ قُلْتُ به، وهذا الخَبَرُ ضعيفٌ؛ فإنَّ الغلولَ قَدْ كَانَ عَلَىٰ عَهْدِ النَّبيِّ ـ ﷺ ـ مِنْ غَيْرِ واحدٍ؛ فلم يَثْبُتْ مِنْ وجه أنه أَحْرَقَ عَلَىٰ أَحَدٍ رحله، ولعلَّه إنْ صَحَّ الحديث: إنَّما فعل في أوَّلِ الإسلامِ فَطْمًا لَهُمْ عَنْ عَادَةِ الجاهليَّة؛ كما رُوِيَ مِنْ تضعيفِ الغرامات.

ولو وَطِئَ واحدٌ من الغانمين جاريَةً من المَغْنَمِ لا حَدَّ عليه؛ لأنَّ له فيها شركًا بل يعزَّر، إن كان عالمًا بالتحريم، وإن كان جاهلاً يُنْهَىٰ عنه ولا يُعَزَّر، فإن عاد عُزِّرَ وعليه المهر.

ثُمَّ إن كان الغانمون محصورين، أو كان الإمامُ قَسَّم الغنيمة، وأفْرَزَ لكلِّ طائفةٍ شيئًا معلُومًا، وكانتِ الجاريةُ في قِسْمَةِ طائفةٍ، والواطئُ منهم: فبقدر حصته لا تجب، والباقي يؤخَذُ لسائرِ الغانمينَ.

وإنْ كانوا غَيْرَ محصورين يُؤْخَذُ جميعُ المَهْرِ ويُوضَعُ في الغنيمةِ ـ: فيقسَّم معها؛ لأنَّهُمْ إذا كانوا غَيْرَ محصورين ـ: لا يُدْرَىٰ قَدْرُ نصيبه، حتَّىٰ يسقط، فإذا قُسِّمَتِ الغنيمةُ، فوقعَتْ هذه الجاريةُ في سهمِهِ ـ: لا يُرَدُّ إليه المهر؛ لأنه يصيرُ كأنَّ ملكه تَحَدَّدَ عليها بعد وجوب المهر، وإنْ وطئها وأحْبَلَهَا ـ: فالنَّسَبُ ثابتٌ.

وعند أبي حنيفة: لا يَثْبُتُ النسب، والوَلَدُ مملوكٌ، فنقول: وطءٌ لم يَجِبْ به الحَدُّ؛ فيثبت به النَّسَبُ كوطء الشبهةِ، ثم لا يخلو الواطئُ إمَّا إنْ كان موسرًا أو معسرًا؛ فإنْ كان موسرًا ـ: فالولد حُرٌّ، وصارت الجارية أُمَّ ولدٍ له؛ لأنَّ له فيها حَقًّا؛ كالأَب يستولِدُ جارية ٱلأبْنِ: تصيرُ أمَّ ولد له، وعليه قيمتها.

ثُمَّ إن كانوا محصورين وأفرز نصيب كُلِّ طائفةٍ ـ: يؤخذ الفاضِلُ من حِصَّتِهِ لسائِرِ الغانمين، وإنْ كانوا غير محصورين ـ: يؤخذ الكُلَّ، فَيُوضَعُ في الغنيمةِ، ثم يقسَّم، وهَلْ تَجِبُ قيمةُ الولد؟ يبنَىٰ علَىٰ أنَّ أحد الشَّرِيكَيْنِ، إذا ٱسْتَوْلَدَ الجاريَةَ المشتركَةَ، وهو موسِرٌ ـ: متى يملك نصيب الشريك؟ وفيه قولان:

إن قلنا: يملك بنَفْسِ العُلُوق ـ: لا يجب.

وإن قُلْنَا: بأداءِ القيمةِ ـ: يجبُ، ثم هو كقيمة الجارية.

وإن كان الواطئُ مُعْسرًا ـ نُظِرَ: إنْ كان محصورين ـ: صارت الجاريةُ بقَدْرِ حِصَّتِهِ أُمَّ ولدٍ له، والولَدُ هَلْ يَكُونُ كلُّه حُرًّا أَمْ بِقَدْرِ حصته يكونُ حُرًّا، والباقي يكونُ رقيقًا؟ فيه قولان؛ كما في الجارية المشتركة.

= والترمذي (٤/ ٥٠): كتاب الحدود ـ باب ما جاء في الغال ما يصنع به ـ حديث (١٤٦١) والحاكم (٢/ ١٢٨) والبيهقي (٩/ ١٠٣) من طريق سالم عن أبيه عن عمر.

إن قلنا: كلُّه حُرٌّ ـ: فيجب عليه من القيمة بقدْرِ حصة الباقين.

وإن قلنا: الباقِي رقيقٌ ـ: فهو للباقين من الغانمينَ، ولا قيمةَ عليه.

وإنْ كانوا غير محصورين ـ: لا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ له في الحالِ، أمَّا الولَدُ: إن قلنا: المعسر إن ٱستولد الجاريةَ المشتَرَكَةَ يكُونُ الوَلَدُ كلُّه حُرًّا ـ: فالولد حُرٌّ، ويؤخذ منه قيمته، وتوضعُ في الغنيمة، ثم تقسَّم على الكل.

وإنْ قلنا في المشتركة: الغنيمة تَخَلَّقَ بعضُهُ حُرًّا ـ: فههنا: يكونُ الكُلُّ رقيقًا، ثم الإمامُ ـ، عِنْدَ القسمةِ ـ يَجْتَهِدُ حتَّىٰ تقع الأُمُّ والولَدُ في حِصَّة الواطىء، فإنْ وقعا في حِصَّتِهِ ـ: كانَتِ الجاريَةُ أُمَّ ولدٍ له، والولَدُ حُرٌّ، وإن وقع البعضُ في ملكه ـ: صارت بقدره أُمَّ ولدٍ، وعَتَقَ مِنَ الولَدِ بقَدْرِ ما مَلَكَ.

هذا إذا وَطِىءَ قَبْلَ إفرازِ الخمسِ، أو بَعْدَ إفرازِ الخمسِ وَطِىءَ مِنَ الأربعةِ الأخْمَاسِ، فإنْ وطىءَ مِنَ الخُمُسِ ـ: فهو كَوَطْءِ الأجنبيِّ، وإنْ كان الواطىءُ أجْنَبِيًّا ـ: وطىءَ جاريةً من الغنيمةِ، نُظِرَ: إنْ وطىءَ قَبْلَ إفرازِ الخُمُسِ أو بَعْدَ إفرازِ الخمس وَطِىءَ من الأربعةِ الأخماسِ: فإنْ كان له من الغانمينَ ولَدٌ ـ: فلا حَدَّ عليه، وعليه المهر.

وإنْ لم يَكُنْ له فيهم وَلَدٌ ـ: يجبُ عليه الحَدُّ، ويجبُ المهر، ويوضَعُ في الغنيمة ويقسَّم.

أما إذا وطىءَ جارِيَةً مِنَ الخُمُسِ بَعْدَ إِفْرَازِهَا ـ: فعليه الحَدُّ، سواءٌ كان الواطىء مِن الغانمينَ أو لم يَكُنْ، كما لو وطىء جاريَةَ الغَيْرِ؛ بخلافِ ما لو سَرَقَ من الخُمُسِ شيئًا ـ: لا قَطْعَ عليه، كما لو سَرَقَ مال بَيْتِ المالِ: لا قَطْعَ عليه؛ لأنَّه يستحقُّ النفَقَةَ منه، ولا يستحقُّ الإعفافَ.

وإنْ كان في السَّبْيِ مَنْ يَعْتِقُ على بعض الغانمينَ من الآباء وإِنْ عَلَوْا أو الأولادِ وَإِنْ سفلوا ـ: نَصَّ أنه لا يَعْتِقُ عليه، حَتَّىٰ يقسم، فإذا قُسِّمَ، ووقع في نصيبه، وٱختار تملُّكه ـ: عَتَقَ عليه.

وإنْ وقع بعضُهُ من نصيبه ـ: عتق عليه ذَلِكَ القَدْرَ، ويقوَّمُ عليه الباقي، إنْ كان موسرًا.

وكذلك: لو أَعْتَقَ واحدٌ من الغانمينَ عبدًا ـ من الغَنِيمة ـ: فهو كَعتْقِ القريبِ، وقد ذَكَرْنَا أنه إذا ٱستولَدَ جاريةً مِنَ المَغْنَمِ ـ: تصيرُ أمَّ ولد له.

قال المزنيُّ: وَجَبَ ألاَّ تصيرَ أُمَّ ولد له؛ كما لو لَمْ يَعْتِقِ القريبُ.

فمن أصحابنا مَنْ جعل فيهما قولَيْنِ بالنَّقْلِ والتَّخْرِيجِ.

أحدُهُمَا: في الموضِعَيْنِ: تنفذ، وتُؤْخَذُ القيمةُ، فتوضَعُ في المَغْنَمِ.

والثاني: لا تَنْفُذُ ما لم يتعيَّن حَقُّهُ فيهما.

ومنهم مَنْ فَرَّقَ بينهما فقال: يَنْفُذُ ٱلاستيلادُ؛ لأنه أَقْوَىٰ، ولا يَنْفُذُ العَتْقُ؛ كالأب إذا ٱستولَدَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ: ينفذ ٱستيلاده، ولو أعتقَهَا: لا ينفذ، فحيْثُ قلنا: يَعْتِقُ ـ: فإنْ كان الولدُ صغيرًا: يَعْتِقُ؛ لأنَّه صَارَ رقيقًا بنفس الأَسْرِ، وإن كان بالغًا ـ: فلا، حتَّىٰ يَرَىٰ الإمامُ فيه رَأْيَهُ، فإن أَرَقَّهُ ـ: عَتَقَ.

وهذا ٱلاختلافُ فيما إذا كان قَبْلَ القسمة، أما بعد القسْمَةِ ـ: إذا أفرز الإمامُ نصيبَ كلِّ واحدٍ أو نصيبَ كُلِّ طائِفَةٍ، وٱختارُوا التملُّكَ ـ: لا يختلف القَوْلُ في عِتْقِ القريبِ، ونفوذِ الاستيلاد ولو ٱسْتَوْلَدَ: إمّا بعد القسمةِ قَبْلَ ٱختيارِ التملُّك، أو قَبْلَ القسمة، أو كانُوا مَحْصُورِينَ قبل ٱختيارِ التملُّك ـ: فقد قيل: هُوَ كما بَعْدَ ٱختيارِ التملُّك.

والصَّحيحُ: أنه كَمَا لَوْ كان قَبْلَ القسمةِ، وهُمْ غيرُ محصورِينَ؛ لأَنَّهُمْ لو تَرَكُوا حقوقَهُمْ في هذه الحالةِ ـ: يترك إلى الباقِينَ من الغَانِمِينَ.

بَابُ: تَفْرِيقِ الخُمُسِ

قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّ مَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ للهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية.

الله تعالى ـ أضاف هذا المَالَ إِلَىٰ نفسِهِ؛ لشَرَفِ هذا المالِ، ولِقَطْعِهِ عَمَّنْ كان يأخُذُهُ قبل مَبْعَثِ النَّبيِّ ـ ﷺ ـ فَإِنَّ الملوك كَانُوا يَأْخُذُونَهَا لأنفسهم.

ثم جَعَلَهَا لخَمْسَةِ أصنافٍ، اعْلَمْ: أن خُمُسَ القيمَةِ لخَمْسَةِ أصنافٍ: سَهْمٌ كَانَ لرَسُولِ الله ـ ﷺ ـ وَبَعْدَهُ هُوَ لِمَصَالِحِ المُسْلِمِينَ.

وأَهَمُّ المَصَالِحِ ما يَؤُولُ إِلَىٰ تحصينِ الإسْلامِ، وحِفْظِ المسلمينَ: مِنْ سَدِّ الثغورِ، وإصلاحِ الحُصُونِ، ثم الأهمّ فالأَهَمّ.

وسَهْمٌ منه لأقاربِ الرَّسُولِ ـ ﷺ ـ وَهُمْ بَنُو هَاشِمٍ، وبَنُو المُطَّلِبِ: يُسَوَّىٰ فيه بين الفَقِيرِ والغَنِي؛ لأنَّ النَّبيَّ ـ ﷺ ـ كَانَ يُعْطِي مِنْهُ العَبَّاسَ، وَكَانَ مُوسِرًا يَعُولُ عَامَّةَ بَنِي عَبْدِ المُطَّلِبِ، وَيُسَوِّىٰ بين القريبِ والبعيدِ، ويشتَرِكُ فيه الرجالُ والنساء، يُفَضَّلُ الذكرُ على الأنثى، فيجعَلُ للذكرِ مِثْلَ حَظِّ الأنثَيَيْنِ: فقال أبو ثورٍ والمُزَنِيُّ: يُسَوَّىٰ بين الذكر والأنثى ـ: ويُصْرَفُ إلى مَنْ كان أبوه هَاشِمِيًّا أو مُطَّلِبِيًّا، ولا يُعْطِي أولاد البناتِ، ولا يُعْطِي بَنِي عَبْدِ

شمسٍ ونوفلٍ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ قَالَ: لَمَّا قَسَمَ رَسُولَ اللهِ ـ ﷺ ـ سَهْمَ ذِي القُرْبَىٰ بَيْنَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ ـ: أَتَيْتُ أَنَا وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ، فَقُلْتَ: يَا رَسُولَ اللهِ، هَؤُلاءِ إِخْوَانُنَا مِنْ بَنِي هَاشِمٍ، لاَ نُنْكِرُ فَضْلَهُمْ لِمَكَانِكَ الَّذِي وَضَعَكَ اللهُ فيهِمْ، أَرَأَيْتَ إِخْوَانَنَا مِنْ بَنِي المُطَّلِبِ أَعْطَيْتَهُمْ وَتَرَكْتَنَا، وَإِنَّما قَرَابَتُنَا وَقَرَابَتُهُمْ وَاحِدَةٌ؟! فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ـ ﷺ ـ: «إِنَّما بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو المُطَّلِبِ شَيْءٌ واحِدٌ هَكَذَا وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصابِعِهِ»[1].

وَيُرْوَىٰ: أَنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُوني في جَاهِلِيَّةٍ وَلاَ إِسْلامٍ[2].

ولا يفضّل فيه مَنْ حضر القتالَ عَلَىٰ مَنْ لم يَحْضُرْ، إلاَّ أن مَنْ حضر القتالَ ـ: يستحقُّ السَّهْمَ من الأربعةِ الأخماسِ، ويعطى القَاصِي والداني.

وقال أبو إسحاق: ما كان في كُلِّ إقليم يعطى إِلَىٰ مَنْ فيه سَهْمٌ؛ لأنه سبق النَّفْل.

والمَذْهَبُ الأول؛ لأنَّ الله تعالَىٰ عَمَّ ولم يخُصَّ.

وسَهْمٌ من الخُمُسِ لليتامَىٰ، وهو: كُلُّ صغيرٍ لاَ أَبَ له، ويشتَرِطُ أن يَكُونَ فَقِيرًا.

وقيل: يجوزُ أَنْ يُصْرَفُ إلى اليتيمِ، وإنْ كَانَ غنيًّا.

والمذهَبُ هو الأوَّل.

ولا حَظَّ فيه لبالغ ولا لصغيرٍ له أبٌ، لأنَّه لا يسمَّىٰ يتيمًا.

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٤٨٤): كتاب المغازي ـ باب غزوة خيبر ـ حديث (٤٢٢٩) وأحمد (٤/ ٨١) وأبو عبيد في الأموال (ص ٤١٥) حديث (٨٤٣) وأبو داود (٣/ ٣٨٢، ٣٨٣): كتاب الخراج والإمارة والفيء ـ باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى ـ حديث (٢٩٧٨، ٢٩٨٠) والنسائي (٧/ ١٣٠): كتاب قسم الفيء، وابن ماجه (٢/ ٩٦١): كتاب الجهاد ـ باب قسمة الخمس ـ حديث (٢٨٨١) والبيهقي (٦/ ٣٤١): كتاب قسم الفيء والغنيمة ـ باب سهم ذي القربى من الخمس، والشافعي (٢/ ١٢٥): كتاب الجهاد رقم (٤١١) وأبو يعلى (١٣/ ٣٩٦) رقم (٧٣٩٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٨٣) باب حق ذوي القربى، والبغوي في «شرح السنّة» (/ ـ بتحقيقنا) عنه قال: مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى رسول الله ﷺ، فقلنا: «أعطيت بني المطلب من خمس خيبر، وتركتنا ونحن بمنزلة واحدة منك»، فقال: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد». قال جبير: ولم يقسم النبي ﷺ لبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً واللفظ للبخاري وله ألفاظ بالزيادة والنقص منها عن أبي داود قال: «لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب، وترك بني نوفل وبني عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا النبي ﷺ فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به منهم. فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا، وقرابتنا واحدة. فقال رسول الله ﷺ: «... إنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام، وإنما نحن وهم شيء واحد». وشبَّك بين أصابعه ﷺ.

(٢) ينظر الحديث السابق.

وسَهْمٌ للمساكين وهو كُلُّ محتاجٍ، فقيرًا كان أو مسكينًا؛ لأنَّ اسْمَ «المِسْكِينِ» إذا أُفْرِدَ: يتناول الفريقَيْنِ جميعًا.

وسَهْمٌ لِابْنِ السبيلِ، وهو كُلُّ مَنْ يُرِيدُ الخُرُوجَ إِلَىٰ سَفَرٍ مُباحٍ، ولا يجدُ أَهْبَةَ الخروجِ، ولا يشتَرِطُ أن يَكُونَ اليتيمُ والمسكينُ وابْنُ السبيلِ من المرتزقة.

ولا يجوزُ أن يُعْطىٰ إلَىٰ كافرٍ منه شَيْءٍ؛ لأنَّه عطيَّةٌ من الله تعالىٰ ـ: كالزكاة.

وتجبُ التسويةُ بَيْنَ هذه الأصناف، ولا يجوزُ تفضيلُ بعضِهِمْ على بعضٍ عند وجودهم.

وإذا فُقِدَ بَعْض هذه الأصناف ـ: صُرِفَ سَهْمُهُ إلى الموجُودِينَ كالزكاة، إلاَّ سَهْمَ النَّبيِّ ـ ﷺ ـ فإنَّه للمصالِحِ.

وعند أبي حنيفة: خُمُسٌ الغنيمةِ لثلاثةِ أصنافٍ، وسَهْمُ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ وسَهْمُ ذَوِي القُرْبَىٰ ساقطان.

والعامَّةُ عَلَىٰ خِلافِهِ؛ لأنَّ الخلفاءَ الراشِدِينَ بَعْدَ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ كانوا يُعْطُونَهُ، والله أعلم.

بَابُ: تَفْرِيقِ أَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ الفَيْءِ

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿مَا أَفَاءَ الله عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ القُرَىٰ فلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ...﴾ إلى قوله: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ﴾ إلى قولِهِ: ﴿وَالَّذِينَ تَبَوَّؤُا الدَّارَ﴾ إلى قوله: ﴿والَّذِينَ جَاؤُوا مِنْ بَعْدِهِمْ...﴾ [الحشر: ٨ ـ ١٠] الآية.

وَرُوِيَ عَنْ مالِكِ بْنِ أَوْسِ بْنِ الحَدَثَانِ؛ أَنَّ عُمَرَ قَالَ: «مَا أَحَدٌ إلاَّ وَلَهُ في هَٰذا المَالِ حَقٌّ أُعْطِيَهُ أَوْ مُنِعَهِ إلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم»[١].

أربَعَةُ أَخْمَاسِ الفَيْءِ كَانَتْ لرسولِ الله ـ ﷺ ـ وبَعْدَهُ لِمَنْ يَكُونُ؟ فيه قولان:

أصحُّهما: للمرتزقة.

والثاني: للمصالح، ويبدأ بالأهم فالأهم والأهمُّ هم المرتزقة.

فإذا أراد الإمامُ قَسْمها على المرتزقةِ: يأمُرُ بإحضار من في البلدان من المقاتِلَةِ، وهم الرجالُ العاقِلُونَ البالغون الأصحَّاءُ الأحرارُ، ويحصي ذراريهم ونِسَاءهم، ويتعرَّفُ أحوالَهُمْ، ويَعْرِفُ قَدْرَ نفقاتهم ومؤناتِهِمْ، فيعطي كُلَّ واحد منهم ما يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ نَفَقَتِهِ، ونفقةِ مَنْ

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٠٠٣٩) ومن طريقه البغوي في «شرح السنّة» (٥/ ٦٣٥ ـ بتحقيقنا).

تَلْزَمُهُ نفقتُهُ من النساءِ والذُّرِّيَّة، وكسوتهم لِسَنَةٍ في مِثْلِ بلده وزمانِهِ مِنْ رُخْصِ السِّعْر وَغَلائه، ويعطي نَفَقَة أقارِبِهِ الذين تَلْزَمُهُ نفقتُهُمْ.

وإنْ كان لواحدٍ أربعُ نِسْوَةٍ ـ: يعطى نفقة الكل، ويعطى ذا المروءةِ أَكْثَرَ مِمَّنْ دونه، ويعطى المقاتِلَ الفَرَسَ أو قيمتَهُ ومؤنَتَهُ والسِّلاح.

ومَنْ لا زَوْجَةَ له إذا تَزَوَّجَ، أو مَنْ له زَوْجَةٌ فتزوَّج أخْرَىٰ، أو حدث لواحدٍ ولدٌ ـ: زاد في عطائه، ويزيدُ للمولُودِ عَلَىٰ مَرِّ الأيام بقَدْرِ حاجتِهِ؛ ولا يفضل مَنْ كانَتْ له سابِقَةٌ بالإسلام أو الهِجْرَةِ أو غيرِهَا من الخصالِ الحميدَةِ.

كان أَبُو بكر يُسَوِّى بَيْنَ عَلِيٍّ وغيره في العَطَاءِ، ولا يفضل بالسابقَةِ، فقال له عُمَرُ: أَتَجْعَلُ الذين جاهَدُوا في سبيل الله بأموالِهِمْ وأنْفُسِهِمْ، وهَاجَرُوا من دِيَارِهِمْ: كَمَنْ إنَّما دَخَلَ في الإِسْلامِ كُرْها، فقال أبو بَكْرٍ: إِنَّما عَمِلُوا لله، وَإِنَّمَا أُجُورُهُمْ عَلَىٰ الله، وَإِنَّمَا الدُّنْيَا بَلاَغٌ.

وكان عمر يفضِّلُ بالسابقةِ حتَّىٰ كان يفضِّل أقرانَ ٱبْنِهِ عَلَىٰ ٱبْنِهِ، ويقول: هَاجَرَ بِكَ أَبُوكَ، ويفضِّلُ عائِشَةَ عَلَىٰ حَفْصَةَ، ويَقُولُ: كَانَ أَبُوهَا أَحَبَّ إِلَىٰ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ من أَبِيكِ.

وٱختار الشافعي المطلبيُّ التَّسْوِيَةَ؛ كما يسوي في سَهْمِ الغنيمةِ بين الشُّجَاعِ والجَبَانِ، وفي الميراثِ: بَيْنَ الولدِ البَارِّ والعَاقِّ.

ولا يُعْطَىٰ من الفَيْءِ صبيٌّ، ولا مجنونٌ، ولا عَبْدٌ، ولا ٱمْرأةٌ، ولا أَعْمَىٰ، ولا زَمِنٌ؛ لأنَّهم ليسوا من أهْلِ الجهادِ، فإن كانوا في عَيْلَة مقاتِلٍ ـ: فهم تَبَعٌ له، فيعطى المقاتِلُ بسببهم.

وإنْ مَرِضَ واحدٌ مِنَ المقاتِلَةِ ـ: فإنْ كان مرضًا يُرْجَىٰ زوالُهُ ـ: يعطَىٰ، لأنَّ الإنسانَ لا يخلُو مِنْ عَارِضٍ، وإنْ كان مَرَضًا لا يرجَىٰ زوالُهُ أو عَمِيَ أو زَمِنَ ـ: سَقَطَ حقُّهُ، والْتَحَقَ بالذرِّيَّة.

وإن مات واحِدٌ مِنَ المقاتلة، وله ولدٌ أو زوجَةٌ ـ: فهَلْ يُرْزَقُ ولده وزوجته بَعْدَ موته؟ فيه قولان:

أحُدُهمَا: لا يرزق؛ لأنَّه كان يأخُذُهُ تبَعًا للمقاتِلِ؛ وقد ذَهَبَ الأَصْلُ.

والثاني: يرزقُ الولد إِلَىٰ أن يبلغ، والزوْجَة إِلَىٰ أن تنكح؛ لأنَّ فيه مَصْلَحَةً؛ فإنَّ المجاهد إذا عَلِمَ ٱنْقِطَاعَ الرِّزْقِ عَنْ ولده وزَوْجَتِهِ بَعْدَ موته ـ: ٱشتغل بِالكَسْبِ لعيالِهِ، ويُعَطِّل أمر الجهاد؛ فعلَىٰ هذا: إذا بلغ الولَدُ، وأُثْبِتَ اسمه في الديوانِ ـ: يعطى كما يعطى المقاتلة.

وإنْ لم يُثْبِتْ ـ: فلا يعطى، وإن بلغ، وهو غيرُ صالحٍ للقتالِ، بأن كان أَعْمَىٰ أو زَمِنًا، يُعْطَىٰ كما يُعْطَىٰ قبل البلوغ.

وإذا تزوَّجَتِ المرأةُ ـ: سقط حَقُّهَا؛ لأنَّها ٱستغنَتْ بالزوْج الثاني، فخرجَتْ عن تبعيَّة الأوَّل.

ويُخْرِجُ الإمامُ العطاءَ في كلِّ عامٍ مرةً أو مرتَيْنِ، وَيَجْعَلُ له وقتًا معلومًا لا يختلف عليهم.

ولا يعطى في كل شهرٍ، ولا في كل أسبوعٍ؛ لأنَّ ذلك يَشْغَلُهُمْ عن الجهاد.

فإنْ ماتَ واحدٌ منهم بَعْدَ الحَوْل، أو دخول وقت العطاء وٱجتماع المال ـ: دفع نصيبه إِلَىٰ وريثه، وإنْ مات قَبْلَ ٱجتماع المالِ ـ: فلا حَقَّ له فيه، وإنْ مات بَعْدَ ٱجتماع المالِ قبل الحَرْبِ ـ: هَلْ يعطى بِقَدْرِ ما مَضَىٰ من الحَوْل؟ فيه قولان؛ بناءً على ما لَو مَاتَ ذِمِّيٌّ في أثناءِ الحَوْل: هَلْ يُؤْخَذُ من الجزية بقدر ما مضَىٰ من الحَوْل؟ فيه قولان: وإن فَضَلَ عن المقاتلةِ شيْءٌ من مالِ الفَيْءِ، فإن قلنا: إنها للمرتزقة يُصْرَفُ الكلُّ إليهم، وإن زاد على قَدْرِ حاجتهم؛ فتقسَّم بينهم على قَدْرِ مؤناتهم.

وإنْ قلنا: إنَّها للمصالح ـ: صُرِفَ الفضلُ إلى المَصَالِحِ، ولا يُعْطَىٰ مِنْ مال الفَيْءِ شيءٌ إِلَىٰ أهْلِ الصدقات؛ كما لا تعطى الصَدَقَةُ إِلَىٰ أَهْلِ الفَيْءِ.

ونعني بأهْلِ الصدقةِ: مَنْ لم يَكُنْ ٱسْمُهُ في ديوانِ الغَزْوِ، فإنْ غزا واحدٌ منهم ـ: مِنْ سهم سبيلِ الله مِنَ الصَّدَقِةِ، وإنْ أخرج واحد مِنْ أهل الفيءِ اسمه من الديوان ـ: سقط حَقُّهُ من الفَيءَ فإنْ غزا أُعْطِيَ مِنْ سهم سبيل الله.

ولو جاء رَجُلٌ، فطلب أن يُكْتَبَ ٱسمه في الديوانِ ـ: فإن رأى الإمامُ فيه غَنَاء، أو في المال سَعَةً ـ: أَثْبَتَ ٱسمه فيه؛ وإلاَّ لم يَفْعَلْ ذلك، ويجبُ على أَهْلِ العطاءِ إِذَا ٱسْتُنْفِرُوا أن يَنْفِرُوا، ويغري الإمامُ كُلَّ طائفة إلى مَنْ يَلِيهِمْ مِنَ الكُفَّارِ لخفة المؤُنَة، فإن ٱسْتَغْنَتْ تِلْكَ الناحِيَةُ عن الغَزْوِ؛ لقلَّة الكُفَّار، أو لكثرةِ المُجَاهِدِينَ فيها ـ: أغراهم إِلَىٰ ناحية أخرَىٰ مِنْ أقربِ المَوَاضِعِ إليهم، وتُعْطَىٰ مُؤْنَتُهُمْ عَلَىٰ بُعْد مغزاهم، ويعطَىٰ مِنْ مال الفيءِ رِزْقُ الحُكَّام الذين يَحْكُمُونَ بينهم، وولادة الأحداثِ الذين يعلِّمون الأَحْدَاثَ الفروسيَّةَ والرمايَةَ، والذين يَلُونَ الصلاةَ لأهْلِ الفَيْءِ، وكُلُّ مَنْ قَامَ بِأَمْرِ الفَيْءِ من وَالٍ، وكاتِبٍ، وجنديٍّ ممن لا غناء لأهْلِ الفَيْءِ عنهم.

كما يُعْطَىٰ العامِلَ على الصَّدقة سَهْمًا مِنْهَا، وإن وَجَدَ أَمِينًا يتطوَّع به ـ: فلا يُعْطى أَحَدًا شيئًا، وإنْ وَجَدَ مَنْ يعملُ بأقلَّ ـ: لا يعطى مَنْ يطلب أكثر.

وإذا ٱجتمع مالُ الفَيْءِ ـ: فالِاخْتِيَارُ أن تُعَجَّل قَسمَتُهَا، ولا تؤخّر؛ خَوْفًا مِنْ أَنْ ينزل بالمسلِمِينَ نازله، فيحتاج إِلَيْهِ، لأنَّه إذا نزلتْ بالمسلمين نَازلَةٌ، ونعوذُ باللّه منه ـ فيجبُ علىٰ كَافَّةِ المسلمين القيامُ بها.

وإذا غشيهم عَدُوٌّ في دَارِهِمْ ـ: وجَبَ عَلَىٰ كُلِّ مَنْ غَشِيَهُم النَّفِيرُ، سواءٌ كانوا مِنْ أَهْلِ الفيْءِ، أو لَمْ يكونوا.

أما أَراضي الفيْء ـ: فَخُمُسُهَا لأهْلِ الخُمُسِ، أما أربعةُ أخماسِها ـ: قال الشافعيُّ: هو وَقْفٌ للمسلين: تستَغَلُّ، وتقسَّم غَلَّتُهَا في كُلِّ عامٍ.

ٱختلف أصحابُنَا فيه.

منهم من قال: تَصيرُ وَقْفًا بنفسها.

ومنهم مَنْ قال: يَقِفُهَا الإمامُ، ثم تُصْرَفُ غَلَّتُهَا إِلَىٰ أَهْلِ الفَيْءِ.

وفي قولٍ: إلى المرتزقة.

وفي الآخَر: إلى المصالح.

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: إنَّهَا للمصالِحِ: تكون وقفًا.

فإنْ قلنا: للمرتزقة ـ: يقسمها بينهم ـ كما قلنا ـ في أربعةِ أخماسِ الغنيمةِ.

والأوّلُ أصَحُ، أنه وَقْفٌ على القوْلَيْنِ جميعًا؛ يَصْرِفُ الإمَام غَلَّتَهَا إِلَىٰ مصالحهم؛ لأن للإمام الاجتهادَ في مَال الفَيْءِ.

وكذلك: يجوزُ أن يُفَضِّلَ بَعْضَهُمْ على بعضٍ؛ بخلافِ الغنيمةِ: فإنَّه لا يَجُوزُ للإمامِ تفضيلُ بعضهم علىٰ بعضٍ بٱلاجْتِهاد.

فَصْلٌ في التأمير في الحرب

رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ جعَلَ عَلَىٰ كُلِّ عَشَرَةٍ عَرِيفًا[1]، وَجَعَلَ لِلْمُهَاجِرينَ شِعارًا، وَلِلأَوْسِ شِعَارًا، وعقد الألْوِيَةَ لِلْقَبَائِلِ قَبِيلَةً قَبِيلَة، وَرُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ لَمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ، قَالَ بمَنْ تَرَوْنَ أَنْ أَبْدَأَ؟ فَقِيلَ لَهُ: ابْدَأْ بِالأَقْرَبِ فَالأَقْرَب بكَ، قَالَ: بَلْ أَبْدَأُ بَالأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ بِرَسُولِ الله ـ ﷺ ـ.

ينبغي للإمامِ أن يُدَوِّنَ أَسْمَاءَ المقاتِلَةِ، ويُعَرِّفَ عَلَىٰ كُلِّ طائفةٍ عَرِيفًا، ويكتب قَدْرَ أَرْزَاقِهِمْ؛ ليعلَمَ مَنْ حضر وَمَنْ غاب، ويسهل جمعهم إذا ٱحتاج إليهم.

---

(١) العَرِيفُ: القائم بأمر القوم وسيدهم.
ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٠١).

وَيَقُومُ العَرِيفُ بأمورِهِمْ وَجَمْعِهِمْ، ويَبْدَأُ في الديوان بالأَقْرَبِ فالأقرب من رسولِ الله ـ ﷺ ـ كما فعل عمر ـ رضي الله عنه ـ لأن الناس كُلَّهُمْ عِبَادُ الله، فأولاهُمْ بالتقديم أقربُهُمْ لخيرة الله مِنْ خلقِهِ محمَّد سيِّدِ المُرْسَلِينَ ـ صلواتُ الله عليْهِ وعَلَيْهِمْ أجمعين ـ: فَيُقَدِّمُ قريشًا؛ لأن النبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «قَدِّمُوا قُرَيْشًا»[1] ويقدِّمُ مِنْ قريش بَنِي هاشِمٍ، وبَنِي المُطَّلِبِ؛ لقول النبيِّ ـ ﷺ ـ: «بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو المُطَّلِبِ شيْءٌ وَاحِدٌ»[2].

ويقدّم منهم الأَسَنّ، فإنْ كان الأَسَنُّ في الهاشِميِّ قدَّمه، وإنْ كان في المُطَّلِبيِّ قدَّمه، ثم يقدِّم بني عبد شمس على بَنِي نَوْفَلٍ؛ لأنَّ عبد شَمْسٍ أَخُو هَاشِمٍ مِنْ أَبِيهِ وأُمِّهْ، ونوفَلٌ أخوه من أَبِيهِ.

ثم بَعْدَ بَنِي نَوْفَلٍ: يقدِّم بني عَبْدِ العُزَّىٰ على بَنِي عَبْدِ الدَّار؛ لأنَّهم أَصْهَارُ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ فإنَّ خديجَةَ كانَتْ منهم، وكان فيهم حِلْفُ المطيبين، وحِلْفُ الفُضُول، وهُمَا حِلْفَانِ في قوم من قريشٍ ٱجتمعوا فيها عَلَىٰ نَصْر المَظْلُوم، ومَنْعِ الظُّلْم.

فَعَلَىٰ هذا: يُقدّم الأقرب فالأقرب.

فإن ٱستوى ٱثنانِ في القُرْبِ: يقدّم أسنهما، فإن ٱستويا في السنِّ فأَقْدَمُهُمَا هجرةً، ثم بَعْدَ قريشٍ يقدّم الأنصار عَلَى سائر القبائِلِ؛ لما لهم من السابقةِ، والأَثَارِ الحميدةِ في الإسلامِ، ثُمَّ يقدّم سائر العرب عَلَى العَجَمِ، ولا يقدّم العَجَم بعضهم على بَعْضٍ إلاَّ بِالسِّنِّ والسَّابِقَةِ دُونَ النَّسَبِ والله أعلم.

---

(١) تقدم في مقدمة الكتاب.

(٢) تقدم تخريجه.

كِتَابُ: قَسْمِ الصَّدَقَاتِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿إِنَّما الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا. . .﴾ [التوبة: ٦٠] الآية.

جَعَلَ اللَّهُ زكاة الأَمْوالِ لثمانِيَةِ أَصْنافٍ، يَجِبُ صَرْفُهَا إِلَيهم، إذا كانُوا مَوْجُودِينَ، ولا يَجُوزُ حِرْمَانُ بَعْضِهِمْ.

فَأَحَدُ الأَصْنَافِ: الفقراءُ، والثَّاني الْمَساكِين.

وٱسْمُ «الفقير» إذا أُفْرِدَ يتناوَلُ الفقيرَ والمسكينَ، وكذلك ٱسْمُ «المسكين» إذا أُفْرِدَ يتناولهما جميعًا؛ لأنَّ الفَقْرَ والْمَسْكَنَةَ عِبارتانِ عَنِ الحاجَةِ، وضعْفِ الحالِ.

وإذا ذكر الاسْمانِ مَعًا، كان لِكُلٍّ واحِدٍ مِنْهُما مَعْنًى سوَى الآخَرِ؛ فالفقيرُ: مَنْ لا مالَ لَهُ ولا حِرْفَةَ تَقَعُ مِنْهُ مَوْقعًا.

والمِسْكِينُ مَنْ لَهُ شَيءٌ مِنَ المالِ، أَو حِرْفَةٌ تَقَعُ مِنْهُ مَوْقعًا؛ ولكنْ لا تُغْنِيه وعِيالَهُ، ولا يَفِي دَخْلُهُ بِخَرْجِهِ على الدوام.

والفَقِيرُ[1] ـ عِنْدَنا ـ أَسْوَأُ حالاً مِنَ المِسْكِينِ.

وعند أبي حنيفة: المسكينُ أَسْوأُ حالاً مِنَ الفَقِيرِ، وما قُلْنَا أَوْلىٰ؛ لأنَّ الله تَعالىٰ قَالَ: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ في الْبَحْرِ﴾ [الكهف: ٧٩] أَثْبَتَ لَهُمْ ملكًا ودَخلاً مع ٱسْمِ المَسْكَنةِ.

فَإِنْ كانَ لَهُ كَسْبٌ تَحْصَلُ مِنْهُ كِفَايَتُهُ وكِفَايَةُ عِيَالِهِ، أَو ضَيْعَةٌ موقُوفَةٌ عليه يدخل منها

(١) في أ: فالفقير.

كِفايته ـ: وهو كما لو كانَ لهُ مَالٌ يفي بِكِفَايَتِهِ.

ولا يَجُوزُ صَرْفُ سَهْمِ الفقراءِ والمساكينَ إليه، فإذا حصلَ ٱسْمُ الفَقْرِ والمَسْكَنَةِ في شَخْصٍ، تَحِلُّ لَهُ الزَّكاةُ زَمِنًا كان أو غَيْرَ زَمِنٍ، سَائِلاً كان أو غير سَائِلٍ.

وقال في القديم: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الفَقِيرُ زَمِنًا غَيْرَ سَائِلٍ.

والأَوَّل المَذْهَبُ، لأَنَّ السَّائِلَ قد يَكُونُ بَيْنَ قَوْمٍ يقلُّ مُعْطُوهم، والمتعَفِّفُ بين قَومٍ أَغْنياءَ يبدؤونَهُ بِالعَطاءِ، فلا عِبْرَةَ بالسُّؤال والتَّعَفُّفِ.

ثمَّ[1] يَجُوزُ أَنْ يدفع إلى الفقيرِ والمسكينِ قَدْر ما تَزُول بِهِ حاجَتُهُ، وهُمْ مُخْتَلِفُونَ فيه.

مِنْهُمْ مَن قال: تَزُولُ حاجَتُهُ بقليل، ومِنْهُمْ مَنْ قال: لا تَزُولُ حاجَتُهُ إلاَّ بِكَثيرٍ.

فَمَنْ كانَ محترفًا، ولكن لا آلَةَ له؛ يُدْفَعُ إليه قَدْرَ ما يشتري به آلَة حِرْفَتِهِ، وهم مُتَفاوِتُونَ في الآلاتِ؛ فَإِن كَانَ خَيَّاطًا: يُدْفَعُ إِليهِ قَدْرُ ما يشتري به إِبْرَةً ومِقْراضًا، وإِنْ كَانَ مُحْتَطِبًا فَقَدْرُ ما يَشْتَرِي به فَأْسًا وحَبْلاً، وإِنْ كان حائِكًا أو حَدَّادًا لا يَجِدُ آلَةَ حِرْفَتِهِ إلاَّ بِمَالٍ كَثِيرٍ ـ: فيُدْفَعُ إليه ذلك القَدَرُ، وإِنْ كانَ يُحسِنُ التِّجارَة، ولكنَّه لا يُمْكِنُهُ أَن يَتَّجِرَ إِلاَّ بِأَلْفِ درهمٍ أو أَكْثَرَ ـ: فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ قَدْرُ ما ما يمكنه أَن يَتَّجِرَ فيه، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ له مَالٌ، ولا حِرْفَةٌ، وله عِيالٌ، ولا تزولُ حاجته إلاَّ بِكَثيرٍ مِنَ المالِ ـ: فَيُعْطىٰ إِلَيهِ كِفَايَةَ سَنَةٍ، [وإِنْ كانِ يَمْلِكُ أَلْفًا، وذلك لا يكفي إلاَّ لِنِصْفِ سَنَةٍ ـ: يُعْطىٰ ما يَتِمُّ بِهِ كِفايَةُ سَنَةٍ]، وإن كان له كسبٌ لا يحصُلُ مِنْهُ نِصْفُ كِفايَتِهِ ـ: يُعْطَىٰ ما تَتِمُّ بِهِ كِفايته.

فَإِنْ كانَ له كَسْبٌ يفي بكفايته، لكنَّهُ شَغَلَ نفسه بنوافل العبادات، فمنعه ذلك عن الكَسْبِ ـ: لا تَحِلُّ لَهُ الزَّكاة؛ لأَنَّ ٱكْتِسابَ ما يَكْفيه واجِبٌ عليه.

وإِنْ كان مُشْتَغِلاً بِتَعَلُّمِ العِلْمِ، وٱشتغالُهُ بالكَسْبِ يَمْنَعُهُ عن التَّعَلُّمِ ـ: جازَ له أَخْذُ الزَّكاةِ؛ لأَنَّ تَعَلُّمَ الْعِلْمِ فَرِيضَةٌ: إِمَّا فَرْضُ عَيْنٍ أَو فَرْضُ كِفَايَةٍ.

والدَّارُ الَّتِي يَسْكُنُهَا والثَّوْبُ الَّذي يلبسه مُتَجَمِّلاً به ـ: لا يَسْلُبُهُ ٱسْمَ الفَقْرِ.

وقال أبو حنيفة: مَنْ مَلَكَ نِصابًا مِنْ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ: لا يَجُوزُ له أَخذ الزَّكاةِ، فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ نِصابًا ـ: جازَ له أَخْذُهَا، وإِنْ كان مُكْتَسِبًا.

فَإِنْ كانَ الرَّجُلُ فَقِيرًا، ولكنْ لَهُ أَبٌ أَو ٱبْنٌ غَنِيٌّ تَجِبُ نفقته عَلَيْهِ ـ: هَلْ يَجُوزُ لِلْغَيْرِ صَرْفُ سَهْمِ الفقراءِ إِلَيهِ أَو المَرْأَةُ الفَقِيرَةُ إِذا كان لها زَوْجٌ غَنِيٌّ ـ: هل يجوزُ لِغيرِ الزَّوْجِ دَفْعُ سَهْمِ الفقراءِ إليها؟ فيه وَجهانِ:

(١) سقط في ط.

أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ، لأَنَّهما فقِيرانِ لا كَسْبَ لَهُمَا.

والثاني: لا يَجُوزُ؛ لأَنَّهما غَنِيَّانِ بِمالِ القَرِيبِ والزَّوْجِ.

فإذا جاءَ رَجُلٌ يَطْلُبُ الصَّدَقَةَ، ورَآهُ رَبُّ المالِ قَوِيًا، فقال: لا كَسْبَ لي ـ: قُبِلَ قوله، وهَلْ يحلف؟ فيه وجهان:

أَصَحُّهما: لا يَحْلِفُ؛ لما رُوِيَ: أَنَّ رَجُلَيْنِ أَتَيَا رَسُولَ اللهِ ـ ﷺ ـ يَسْأَلانَهُ الصَّدَقَةَ؟ فَقَالَ: «إِنْ شِئْتُمَا، وَلاَ حَظَّ فِيهَا لِغَنِيٍّ وَلاَ لِذِي مِرَّةٍ مُكْتَسِبٍ»[1]، فَأَعطاهما بعدما أَخبرهما من غَيْرِ تَحْلِيفٍ.

والثاني: يَحْلِفُ، لأَنَّ الظَّاهِرَ قُدْرَتُهُ على الكَسْبِ، فَـإذا ٱدَّعَىٰ أَنَّ لَهُ عِيالاً لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ؛ لأَنَّهُ يَدَّعِي خِلافَ الظَّاهِرِ؛ فإِنْ عُرِفَ لَهُ مالٌ، فَٱدَّعَىٰ ذَهَابَ مَالِهِ ـ: لا يُقْبَلُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ.

والصِّنْفُ الثَّالِثُ مِنَ المُسْتَحِقِّينَ: هُم العامِلُونَ عَلَيْها، وأَرادَ أَنَّ العامِلَ على الصَّدَقَةِ لَهُ سَهْمٌ منها، وإِنْ كانَ غَنِيًّا، وذلك: أَنَّه يَجِبُ على الإِمَامِ أَنْ يَبْعَثَ السعاةَ لأَخْذِ الصَّدَقاتِ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ والخُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِهِ كانُوا يَبْعَثُونَ السُّعَاةَ، وَلأَنَّ مِنْ أَرْبَابِ الأَمْوَالِ مَنْ لا يَعْرِفُ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ وَمَا يَجِبُ لَهُ، ومِنْهُمْ مَنْ يَبخَلُ بمالِهِ فلا يُعْطِي، فيبعثُ الإِمَامُ السَّاعِيَ لِيَصِلَ الحَقُّ إلى المُسْتَحِقِّينَ، ولا يَبْعَثُ إِلاَّ حُرًّا، عَدْلاً ثِقَةً فَقِيهًا، يَعْرِفُ ما يَجُوزُ لَهُ أَخْذُهُ وَمَنْ يَجُوزُ الدَّفْعُ إليه، فهذا السَّاعِي هو العامِلُ عليها، فَلَهُ سَهْمٌ مِنَ الصَّدَقَة، فالإِمامُ بالخيارِ بَيْنَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِأُجرَةٍ مَعْلُومَةٍ، ثمَّ يُعْطاها مِنَ الزَّكاةِ، وبَيْنَ أَنْ يَبْعَثَهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، ثُمَّ يعطيه من الصَّدقةِ أَجْرَ مثل عمله، وأَجْرَ مَنْ يحتاجُ إليه مِنْ مُحَاسِبٍ، وكاتِبٍ، وحَافِظٍ، فَإِنْ وجد من يَتَطَوَّعُ به ـ: لا يعطي أَحدًا شيئًا، وإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَتَطَوَّعَ ـ: فلا يعطي أَكثَرَ مِنْ أَجْرِ المثل.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٨٨): كتاب الزكاة، باب من يجوز له أخذ الصدقة وهو غني، حديث (١٦٣٦)، وابن ماجه (١/ ٥٩٠): كتاب الزكاة: باب من تحل له الصدقة، حديث (١٨٤١)، وأحمد (٣/ ٥٦)، وابن الجارود (ص ١٣٣): كتاب الزكاة، حديث (٣٦٥)، والدارقطني (٢/ ١٢١): كتاب الزكاة، باب بيان من يجوز له أخذ الصدقة، حديث (٣)، (٤)، والحاكم (١/ ٤٠٧، ٤٠٨): كتاب الزكاة، وابن خزيمة (٤/ ١٧)، والبيهقي (٧/ ١٥)، وابن عبد البر (٥/ ٩٦ ـ ٩٧) وأخرجه مالك (١/ ٢٦٨): كتاب الزكاة، باب أخذ الصدقة ومن يجوز له أخذها، حديث (٢٩) عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار مرسلاً. وقال الحاكم عن الطريق الموصول: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لإرسال مالك إياه عن زيد بن أسلم، ثم ساقه من طريق مالك وقال: هو صحيح ـ يعني الموصول ـ فقد يرسل مالك الحديث ويصله أو يسنده بثقة والقول فيه قول الثقة الذي يصله ويسنده.

وصحح الطريق الأول أيضاً ابن خزيمة.

ولا حَظَّ فيه لوالي الإقليم ولا للإمام؛ لأَنَّ الله تَعالَىٰ جَعَلَهُ للعَامِلِ لا للإمامِ، وأُجرَةُ الإمامِ إِنْ لَمْ يَتطَوَّعْ مِنْ خُمْسِ الخُمْسِ سَهْم المصالح.

رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ شَرِبَ لَبَنًا، فَأَعْجَبَهُ، فَأُخْبِرَ أَنَّهُ مِنْ نَعَمِ الصَّدَقَةِ، فَأَدْخَلَ إِصْبَعَهُ فَٱسْتَقَاءَهُ.

فَإِنْ فَضَلَ مِنْ سَهْمِ العامِلِ ـ وهو الثُّمُنُ ـ شَيْءٌ ـ: يُرَدُّ إلى سائِرِ الأَصْنافِ، وإِنْ لَمْ يَفِ سَهْمُهُ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ يُكَمَّلُ من مال الصَّدَقةِ على أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وفيه قولٌ آخر: أنَّه يُكَمَّلُ من خُمْسِ الخُمْسِ سَهْمُ المصالِحِ، والأَوَّلُ أَصَحُّ؛ كما أَنَّ أُجْرَةَ مَنْ يَقُومُ بِحِفْظِ مالِ اليتيمِ وجَمْعِهِ تكونُ مِنْ مالِ اليتيمِ.

ومن أَصحابِنا مَن قال: الإمامُ بالخِيارِ، إنْ شاءَ أَكْمَلَ مِن خُمْسِ الخُمْسِ، وإِنْ شاءَ مِنَ الصَّدَقَة.

ومنهم من قال: إِنْ بَدَأَ بِسَهْمِ العامل فمن مال الصَّدقة، وإِنْ بَدأَ بالأَصنافِ، فأَعطاهم، ثمّ وقع في سَهْمِ العامِلِ نَقْصٌ ـ: أَتَمَّهُ مِنْ مالِ المصالِحِ؛ لأَنَّه يشقُّ ٱسترجاعُهُ مِنَ الأَصنافِ، وفي أُجْرَةِ الكَيَّالِ وجهان:

قال أَبو إِسْحَاق: تكونُ مِنَ الصَّدَقَة؛ كَأُجْرَةِ العامِلِ.

وقال ابن أَبي هريرة: تكونُ علىٰ رَبِّ المالِ؛ لأَنَّها تَجِبُ للإيفاءِ، والإيفاءُ عَلَىٰ رَبِّ المالِ، فَتَكُونُ أُجْرتُهُ عليه.

وإِنْ لم تَقَع الكِفايَةُ بعامِلٍ واحِدٍ، يَزِيدُ بِقَدْرِ ما يحتاجُ إليه، وإِنْ وَلَّىٰ الإمامُ واحدًا بَلَدًا وأَهْلُ الصَّدَقاتِ يَحْمِلُونَ إليهِ صَدَقاتِهِمْ مِنْ غَيْرِ ٱحْتياجٍ إلى عاملٍ، أو حَمَلُوا بأَنْفُسِهِمْ إلى الإمامِ ـ: سَقَطَ سَهْمُ العامِلِ؛ كما لو دَفَعَ رَبُّ المالِ الزَّكاةَ بنَفْسِهِ.

والصِّنْفُ الرَّابِعُ: هُمُ المُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ، وهم قِسمانِ: مُسْلِمُونَ، وكُفَّارٌ:

أَمَّا المُسْلِمُونَ: فَأَقْسامٌ: قِسْمٌ دَخَلُوا في الإسْلام، ونِيَّتُهُمْ ضَعِيفَةٌ، فَيُؤَلِّفُهُمُ الإمامُ بمالٍ أَعْطاهُمْ لِتَتَقَوَّىٰ نِيَّتُهُمْ في الإسلام؛ كما أَعْطىٰ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ عَنْبَسَةَ بْنَ بَدْرٍ، والأَقْرَعَ بْنَ حَابِسٍ، وَأَبا سُفْيَانَ بْنَ حَرْبٍ، وَصَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ.

أَو كانَتْ نِيَّتُهُمْ قَوِيَّةٌ، ولهم شَرَفٌ في قومهم، فَأَعْطاهُمْ؛ تَرْغِيبًا لأَمْثالِهِمْ في الإسْلامِ؛ كَما أَعطىٰ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ عَدِيَّ بْنَ حَاتِمٍ والزِّبْرِقَانَ بْنَ بَدْرٍ.

وَهَلْ يُعْطَىٰ هذانِ الفَرِيقانِ بَعْدَ النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ ؟ فيه قولان:

أَحَدُهُما: لا يُعْطَوْنَ؛ لأَنَّ الله تَعالَىٰ أَغْنَىٰ الإسْلامَ عَنْ أَنْ يَتَأَلَّفَ عليه رِجالٌ.

والثاني: يُعْطَوْنَ؛ لأَنَّ المَعْنَىٰ الذي به أُعْطُوا قد يُوجَدُ بعد النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ فَعَلَىٰ هَذا. مِنْ أَيِّ مالٍ يُعْطَوْنَ؟ فيه قولان:

أَحَدُهُما: مِنْ سَهْمِ المُؤَلَّفَةِ مِنَ الصَّدَقاتِ.

والثاني: مِنْ خُمُسِ الخُمُسِ سَهْمِ المصالِحِ.

وقسْم آخر مِنْ مُؤَلَّفَةِ المُسْلِمِينَ: جماعةٌ بإزاءِ قَوْمٍ كُفَّارٍ لا تبلغهم جيوشُ المُسلِمين إِلاَّ بمؤنة وهم إِنْ أَعْطيناهُمْ جاهَدُوا، أَو جماعةٌ بإزاءِ قَوْمٍ فيه مانِعِي الزَّكاةِ، إِنْ أَعْطيناهُمْ مالاً قَاتَلُوا مانِعِي الزَّكاةِ، وأَخَذُوا مِنهم الزَّكاةَ؛ فهَؤُلاءِ يُعْطَوْنَ قَولاً واحِدًا.

ومِنْ أَيِّ مالٍ يُعْطَوْنَ فيه أربعةُ أَقْوالٍ:

أَحَدُهُا: مِنْ سَهْمِ المُؤَلَّفَةِ.

والثَّاني: مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللهِ مِنَ الصَّدَقَةِ.

والثَّالِثُ: مِنْ خُمُسِ الخُمُسِ سَهْمِ المَصالِحِ؛ لأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَةً للإِسْلامِ.

والرَّابعُ: قال الشافِعِيُّ: يُعْطَوْنَ مِنْ سَهْمِ المُؤَلَّفَةِ، وَسَهْمِ سَبِيلِ اللهِ.

وأَصحابُنَا ٱخْتَلَفُوا في تفسيره عَلَىٰ هذا القولِ:

منهم مَنْ قال: لا يَجُوزُ أَنْ يُعْطَىٰ أَحَدٌ مِنَ السَّهْمَيْنِ جَمِيعًا مِنْ مَالٍ واحِدٍ، وأَرادَ الشافِعِيُّ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ: إِنْ قَاتَلَ مَانِعِي الزَّكاةِ ـ: أُعْطِيَ مِنْ سَهْمِ المُؤَلَّفَةِ، وإِنْ قَاتَلَ الكُفَّار ـ: أُعْطِيَ مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللهِ.

ومنهم من قال: لنا قولان في أَنَّه هل يجوزُ أَنْ يُعْطَىٰ واحِدٌ مِن سَهْمَين؛ وهذا جَوابٌ عَلَىٰ الجَوازِ.

ومن أصحابنا مَن قال: لا يُجْمَعُ له بَيْنَ السَّهْمَيْنِ؛ ولكن الإمام بالخيارِ إِنْ شَاءَ أَعْطاهُ مِنْ سَهْمِ المُؤَلَّفَةِ؛ وإِنْ شَاءَ مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللهِ.

رُوِيَ أَنَّ عَدِيَّ بْنَ حَاتِمٍ جاءَ أَبَا بَكْرٍ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ بِثَلاثمائَةٍ مِنَ الإِبْلِ مِنْ صَدَقاتِ قَوْمِهِ، فَأَعْطَاهُ أَبُو بَكْرٍ ثَلاثِينَ بَعِيرًا.

أَمَّا مُؤَلَّفَةُ الكُفَّارِ: منهم مَنْ لَهُ مَيْلٌ في الإِسلامِ: فيعطَىٰ؛ ترغِيبًا له في الإِسلامِ، ومِنْهُمْ مَنْ يُعْطَىٰ، حذارًا مِنْ شَرِّهِ؛ كان النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ يُعْطِيهِمْ مِنْ خُمُسِ الخُمُسِ سَهْمِ المَصَالِحِ، أَمَّا اليَوْمَ ـ: فلا يُعْطَوْنَ أَصْلاً، لأَنَّ الله تَعالَىٰ أَعَزَّ الإِسْلامَ، وقَوِيَ أَهْلُهُ، ولَمْ يُعْطِ الخُلَفاءُ بَعْدَ رَسُولِ اللهِ ـ ﷺ ـ أَحَدًا مِنَ الكُفَّارِ عَلَىٰ هٰذا المَعْنَىٰ شيئًا.

الصِّنْفُ الخامِسُ: الرِّقَابُ، وهم المُكَاتِبُونَ، فيُؤَدَّى إِلىٰ المُكَاتِبِ مِنَ الزَّكاةِ قَدْرُهَا

يَعْتِقُ به، لا يُزَادُ عليه، فَإِنْ كانَ في يَدِهِ ما يَعْتِقُ به ـ: لا يُعْطَىٰ لأَنَّه غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيه.

وعند مالك: يشتري بسهم الرِّقابِ عَبِيدًا يَعْتِقُونَ.

وهل يَجُوزُ أَن يُعْطَىٰ إِلىٰ المُكَاتِبِ قَبْلَ حُلُولِ النَّجْمِ عَلَيهِ؟ فيه وجهان:

أَحدُهُما: لا؛ لأَنَّهُ لا حَاجَةَ به إليه.

والثَّاني: يُعْطَىٰ؛ لأَنَّهُ لو عَجَّلَ الأَداءَ قَبْلَ المَحَلِّ ـ: جاز.

والأَوْلَىٰ: أَنْ يُعْطَىٰ سَهْمَ المُكَاتِبِ إِلىٰ السَّيِّدِ بِإِذْنِ المُكَاتِبِ، ولو دفع إلى السَّيِّدِ بغير إِذْنِ المُكاتِبِ ـ: لَمْ تُحْسَبْ عن الزَّكاة؛ لأَنَّ المُسْتَحِقَّ هو المُكاتِبُ، ولم يُدْفَعْ إليه؛ ولكنْ يَسْقُطُ عَن المُكاتِبِ بقَدْرِهِ من النُّجُومِ؛ كَمَنْ أَدَّىٰ دَيْنَ الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، تَبْرَأُ ذِمَّةُ المديون.

ولو دفع إلى المُكَاتِبِ بغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ ـ: جاز، ويَسْقُطُ فَرْضُ الزَّكاةِ عَنْهُ، فلو أَخَذَ المُكَاتبُ سَهْمَ الزَّكاةِ، ثمَّ أَعْتَقَهُ المَوْلَىٰ، أَو أَبْرَأَه عن النجومِ، أو أَدَّى عنه غَيْرُهُ النجومَ قَبْلَ أَداءِ ذلكَ المَالِ إِلىٰ المَوْلَىٰ، أَو أَدَّىٰ نجومَهُ بغَيْرِ ذلك المالِ، أَو عَجَّزَ نَفْسَهُ، وذلك المالُ قَائِمٌ في يَدِهِ ـ: يَسْتَرِدُّهُ رَبُّ المالِ، لأَنَّهُ دَفَعَهُ إليه لِيَصْرِفَهُ في عِتْقِهِ، ولم يفعل، وفَرْضُ الزَّكاةِ عَنْهُ غَيْرُ ساقِط.

ولو دفعه إلى المَوْلَىٰ، وَبَقِيَتْ عليه مِنَ النُّجُومِ بَقِيَّةٌ، فَعَجَّزَهُ المَوْلَىٰ، وذلك المالُ قائِمٌ في يدِ المَوْلَىٰ ـ: هل يَسْتَرِدُّهُ؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: لا يَسْتَرِدُّهُ؛ لأَنَّ المُكاتَبَ صَرَفَهُ فيما عليه.

والثاني، وهو الأَصحُّ عِنْدِي: يستردُّ، لأَنَّهُ دفع إليه لِيَحْصُلَ له العِتْقُ، ولم يَحْصُلْ، والفَرْضُ عَنْهُ لم يَسْقُطْ.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: نظيره: لو عَجَّلَ الزَّكاةَ، فَخَرَجَ المِسْكِينُ عن الاِسْتِحْقَاقِ ـ: هل يستردُّ؟ فيه خلافٌ، فكُلُّ مِوضِعٍ قلنا: يستردُّ ـ: مِنَ العَبْدِ أَو مِنَ السَّيِّد؟

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: فَإِنْ هَلَكَ في يَدِهِ ـ: يُغَرَّمُ قيمتَهُ؛ كما في تعجيل الزَّكاةِ، وإِنْ هَلَكَ في يَدِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ، ثُمَّ عَتَقَ ـ: لا يُغَرَّم، ولا يجوزُ للسَّيِّد أن يدفع زكاةَ مالِهِ إِلىٰ مِلْكِ نَفْسِهِ؛ لأَنَّهُ يَعُودُ إِليه.

الصنف السَّادِسُ: هم الغارِمُونَ، وهم قِسْمان: قِسْمٌ أَدَّانُوا لمصْلَحَةِ أَنْفُسِهِمْ، وقِسْمٌ أَدَّانُوا لإِصْلَاحِ ذَاتِ البَيْنِ:

أَمَّا الَّذِينَ أَدَّانُوا لأَنْفُسِهِمْ ـ نظر: إِنْ كان دَيْنُهُ في غَيْرِ مَعْصيَةٍ: إِمَّا في طاعَةٍ أَو مباحٍ ـ: فَإِنَّهُ يُعْطَىٰ مِنْ سَهْمِ الغَارِمِينَ، أذا كان فَقِيرًا لا يملكُ ما يَقْضِي به دَيْنَهُ، فَإِنْ مَلَكَ ما يَقْضِي به

دَينَهُ مِنْ أَيِّ صِنفٍ مِنَ المالِ ـ: كان لاَ يُعْطَىٰ؛ على أَصَحِّ القَوْلينِ، وهو المَذْهَبُ.

وإنْ كان مالُهُ يَفِي بَعْضَ دُيونِهِ ـ: يُعْطَىٰ بِقَدْرِ ما يَفِي.

وقَالَ في القَدِيمِ: يُعْطَىٰ مع الغِنَىٰ كمن ٱدَّانَ لإِصْلاَحِ ذاتِ البَيْنِ.

وإنْ كانَ دَيْنُهُ مُؤَجَّلاً ـ: هل يُعْطَىٰ؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: يُعْطَىٰ؛ لأَنَّهُ غَارِمٌ.

والثاني: لا يُعْطَىٰ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مُطالَبٍ به.

فَإنْ قُلْنا: يُعْطَىٰ: فَإِنْ كان له وَقْفٌ يُغَلُّ، فَإِنْ كانَتِ العِلَّةُ تُدْرَكُ قَبْلَ حُلُولِ الأَجَلِ ـ: لا يُعْطَىٰ، وإن كانَتْ تُدْرَكُ بَعْدَ حُلُولِ الأجلِ، وكان الدَّيْنُ حَالاً يُعْطَىٰ.

وإنْ كان الدَّيْنُ في مَعْصِيَةٍ ـ: لا يُعْطَىٰ إِنْ لَمْ يَتُبْ، فَإِنْ تَابَ ـ: فوجهان:

أَحَدُهُمَا: لا يُعْطَىٰ؛ لأَنَّ الصَّدَقَةَ لا تُصْرَفُ إِلىٰ المَعاصِي.

والثاني: يُعْطَىٰ لأَنَّهُ تائِبٌ، وعليه دَيْنٌ، وكان الدَّيْنُ لَزِمَ بسَبَبٍ مُباحٍ.

فَأَمَّا إذا كان دَيْنُهُ لإِصْلاحِ ذَاتِ البَيْنِ؛ بِأَنْ كان بَيْنَ فَرِيقَيْنِ ثائِرَةٌ، فَٱسْتَدَانَ مالاً؛ لِتَسْكِينِ تلكَ الثَّائِرَةِ، أَو تَحَمَّلَ مالاً؛ ليسكنها ـ نظر: إِنْ كانَتْ تِلْكَ الثَّائِرَةُ في ذِمَّتِهِ، فَتَحَمَّلَ الذِّمَّة ـ: فَيُعْطَىٰ مِنْ سَهْمِ الغَارِمِينَ، ما يُؤَدَّىٰ بِهِ ذَلِكَ الدَّيْن، فَقِيرًا كان أَو غَنِيًّا؛ لما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قال: «لا تَحِلُّ ٱلصَّدَقَةُ لِغني إِلاَّ لِخَمْسَةٍ: ٱلْغَازِي في سَبِيْلِ اللهِ، أَو لِعَامِلٍ عَلَيْهَا، أَو لِغَارِمٍ، أَو لِرَجُلٍ ٱشْتَرَاهَا بِمَالِهِ، أَوْ لِرَجُلٍ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ فَتَصَدَّقَ عَلَىٰ المِسْكِين، فَأَهْدَى الْمِسْكِينُ لِلْغَنِيِّ»، وإِنْ كانَتْ تِلْكَ الثَّائِرَةُ في مالٍ، فَٱسْتَدَانَ وَأَدَّىٰ فيها، أَوْ تَحَمَّلَ لِتَسْكِينِهَا ـ: فَهَلْ يُعْطَىٰ مع الْغِنَىٰ؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: يُعْطَىٰ؛ لأَنَّهُ تَحَمَّلَ؛ لإِصْلاَحِ ذَاتِ الْبَيْنِ؛ كما في الدَّيْنِ.

والثَّاني: لا يُعْطَىٰ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا؛ بِخِلاَفِ الدَّمِ؛ لأَنَّ فِتْنَةَ الدَّمِ أَعْظَمُ.

وإِنْ ضَمِنَ ديةً على إِنسانٍ، هَلْ يُعْطَىٰ الضَّامِنُ أَمْ لا؟ نُظِرَ: إِنْ كانَ الضَّامِنُ والمَضْمُونُ عَنْهُ جَمِيعًا مُعْسَرِينَ ـ: فَإِنَّهُ يُعْطَىٰ، وإِنْ كانَ الضَّامِنُ مُعْسِرًا، والمَضْمُونُ عَنْهُ مُوسِرًا، نُظِرَ: إِنْ ضَمِنَ بِغَيْرِ إِذْنِ المَضْمُونِ عنه ـ: يُعْطَىٰ، وإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ـ: لا يُعْطَىٰ؛ لأَنَّهُ إِذا أَذِنَ يَرْجِعُ عَلَىٰ المَضْمُونِ عليه.

وإِن كان الضَّامِنُ موسِرًا، والمضمونُ عنه مُعْسِرًا، أَو كانا موسِرَيْنِ، ولَكنْ ضَمِنَ بِغَيْرِ إِذنِهِ ـ: فهل يعطى؟ فيه وجهان، وإِنْ كانا موسِرَيْنِ، وضمن بإذنِهِ ـ: لا يعطَىٰ؛ لأنه إِذا أَدَّىٰ ـ: رجَعَ على المضمونِ عَنْهُ.

والأَوْلَىٰ ـ: أن يدفع سَهْم الغارِمِ إِلَى رَبِّ الدين بِإِذْنِ المَدْيُونِ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَىٰ رَبِّ الدَّيْنِ بغير إِذْنِ المَدْيُون ـ: لم يُحْسَبْ من الدَّيْنِ، ولأن المُسْتَحِقَّ المديون، ولم يُدْفَعْ إليه، ولكنْ سقط عن المَدْيُونِ بذلكَ القَدْرِ من الدَّيْنِ؛ كمن أَدَّىٰ دَيْنَ الغَيْرِ بغَيْرِ إذنه، وإن دفع المَدْيُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّ الدين، جاز.

ولا يعطى الغارمُ إلاَّ بقَدْرِ ما تُقْضَى به الديون، فإن أخذ الغارمُ سَهْمَ الصدقة، ثم أبرأه رَبُّ الدين، أو أَدَّىٰ عنه غَيْرُهُ الدَّيْنَ، وما أخذ قائِمٌ في يده ـ: يستردُّ؛ كالمكاتِبَ إذا أُعْتِقَ بغَيْرِ ما أخذ.

الصِّنْفُ السابع: قال الله تعالَىٰ: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللهِ﴾ [التوبة: ٦٠] وأراد به الغَازِيَ المتطوِّعَ، له سَهْمٌ من الزكاةِ، فقيرًا كان أو غنيًّا، أَمَّا المرتزقةُ الذين أسماؤهم في ديوانِ الغَزْوِ ـ: فلا حَظَّ لهم؛ لأنهم يأخُذونَ أرزاقهم وكفايَتَهُمْ من الفَيْءِ، ويعطى الغازي نَفَقَةُ، للذهابِ والرجوعِ والمُقَامِ هناك في الثِغْرِ، وإنْ طال مقامُهُ ـ: يعطى جميعَ ذلكَ؛ ولا يختصُّ بما زَادَ بِسَبَبِ السَّفَرِ، ويعطى ما يشتري به فَرَسًا، إن كان يقاتِلُ فارسًا، وما يشتري به السِّلَاح وآلَةَ القتالِ، ويملك ما دُفِعَ إليه، وإنْ ٱسْتأجر به فَرَسًا ـ: يجوز، وإنْ كان يقاتِلُ راجلاً ـ: لا يُعْطَى الفَرَسَ، لكن يعطَىٰ حَمُولَةً يحملُ عليها زَادَهُ، ويركَبُ عليها في الطريقِ، وإنَّما يعطَىٰ حالَةَ الخروجِ؛ ليصرفَهُ إلى أسبابِ خُرُوجه، فإنْ أَخَذَ، ولم يَصْرِف ـ: ٱسترد منه، وإنْ خرج وماتَ في الطريقِ، أو ٱمْتَنَعَ مِنَ الصَّرْفِ ـ: يستَرَدُّ منه ما بَقِيَ، فإنْ غَزَا ورجَعَ، وفي يده مِنْهُ بقيَّةٌ ـ: لا يستردُّ.

الصِّنْفُ الثامن: ٱبْنُ السَّبِيلِ، وهو: الذي يريدُ سَفَرَ طاعةٍ أو سفرًا مباحًا، سواءٌ كان ممن ينشىء السَّفَرَ ٱبتداءً أو مِمَّنْ دَخَلَ في طريقٍ فيريدُ الخروجَ إِلَىٰ طريقٍ آخَرَ، وإنْ كان سَفَرُهُ في معصية ـ: لا يُعْطَىٰ؛ لأنَّ إعطاءَهُ إعانةٌ على المعصية.

ويشترط ألاَّ يكُونَ له مَالٌ بالبلدِ المُنْتَقَلِ عنه، وسواءٌ كان له بالبَلَدِ المنتقلِ إِلَيْهُ مالٌ أو لَمْ يَكُنْ، ثُمَّ إِنْ كان له في البَلَدِ المُنْتَقِلِ إليه أو في الطريقِ مَالٌ ـ: لا يعطَىٰ إلاَّ قَدْرَ ما يصلُ إلى ماله، وإنْ كان له في البَلَدِ المنتقلِ عَنْهُ مالٌ ـ: لا يعطَىٰ ما لم يَخْرُجْ عَنْ بَلَدِ المالِ، وإذا خرج ـ: أُعْطِيَ، ويُعْطَىٰ نفقةَ الذَّهَاب، ولا يُعْطَىٰ الحَمُولَةَ إن كان الرجُلُ قَوِيًّا، والمسافَةُ دُونَ مَسَافَةِ القصرِ، وإنْ كان الرجُلُ ضعيفًا، والمسافةُ فَوْقَ مَسَافة القَصْرِ ـ: يُعْطَى الحمولَةَ، ويُعْطَىٰ نفقةَ الرُّجُوعِ، إِنْ لم يَكُنْ له بالبَلَدِ المُنْتَقِلِ إليه مَالٌ، وهو يريدُ الرُّجُوعَ، ولا يُعْطَىٰ نَفَقَةَ المقامِ إلاَّ مُقَامَ المسافرين؛ بخلافِ الغازي: يُعْطَىٰ نَفَقَةَ المقام في الثَّغْرِ، وإن طالت مُدَّةُ مقامِهِ؛ لأَنَّهُ يحتاجُ إليه لِحُصُولُ الفتحِ، ولا يَزُولُ عنه ٱلِاسْمُ بِطُولِ المقامِ، وإذا أَخَذَ السَّهْمَ، ثم مات في الطريق، أو أقام ـ: يستردُّ منه ما بقي، ولو ذَهَبَ ورجَعَ، وقَدْ بَقِيَ مِنْهُ

شَيْءٌ ـ: يستردُّ؛ بخلاف الغازِي، إذا غزا وَرَجَعَ، وفي يده مِنْهُ بقيَّةٌ ـ: لا يستردُّ؛ لأن ٱلْغَازِيَ أعْطَيْناهُ لحاجتنا إليه، فإذا قضى حاجتنا، وٱبْنُ السبيلِ أعطيناه لحاجتِهِ إلينا، فإذا فضل عن حاجته ـ: يستردُّ.

فَصْلٌ فيما لو ادعى شخص أنه يستحق الصدقة

إِذَا جَاءَ رَجُلٌ يطلب الصدقَةَ، وادَّعَىٰ أنَّه مِنْ هذه الأَصْنَافِ ـ نُظِرَ: إن كان ٱستحقاقُهُ لِمَعْنَى في المستقبل ـ؛ كالغازِي، وٱبن السبيل، إِذَا قال: أنا أُرِيدُ الخُرُوجَ ـ: أعطى بلا بيِّنة ولا يمينٍ، ثم إن لم يخرجْ ـ: يستردُّ، فلو قال ابْنُ السبيل: لا مالَ لي في بَلَدِي ـ: فالقولُ قولُهُ، وهل يحلَّفُ؟ فهو كالفقير ـ: يَدَّعِي الفَقْر.

أمَّا من يستحقُّ لِمَعْنَى موجود في الحالِ ـ نظر: إنْ قال: أنا فقيرٌ أو مسكينٌ أو غَيْرُ كَسُوب ـ: يُقْبَلُ قوله بلا بينةٍ، فإن ٱتهمه الإِمَامُ ـ: حَلَّفه، واليمينُ مُسْتَحبٌّ أمْ واجبٌ؟ فيه وجهان:

فإنْ قلنا: واجبٌ: فإن نكل ـ: لم يُعْطَ، وإن قلنا: يستحبُ ـ: يعطى ـ:

وإن قال: أنا غارمٌ أو مكَاتَبٌ ـ: لا يقبل إلاَّ ببينةٍ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمه، فإنْ صَدَّقه الغريمُ، أو صَدَّقَ السيِّدُ المكاتَبَ ـ: هل يعطَىٰ؟ فيه وجهان:

أصحُهما: يعطَىٰ؛ لأنَّ التهمة قد زالَتْ.

والثاني: لا يعطى؛ لأنهما بما تواطأ عَلَىٰ ذلكَ.

ولو ٱدَّعَى العامِلُ أنَّهُ قد عَمِلَ ـ: لا تقبل إلاَّ ببينةٍ، وإِنْ ٱدَّعَىٰ أنَّه من المؤلَّفة فإن قال: قَلْبِي غَيْرُ مطمئنٌ بالإيمانِ ـ:

يقبل؛ لأنَّ قولَهُ هذا يَدُلُّ على ضعفِ إيمانِهِ، وإن ٱدعَىٰ أنه شريفُ قومِهِ ـ: لا يقبل إلا ببينةٍ، والله أعلم.

بَابُ: كَيْفَ تَفْرِيقُ قِسْمِ الصَّدَقَاتِ

رُوِيَ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَرِيجٍ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ يَقُولُ: «ٱلْعَامِلُ عَلَىٰ الصَّدَقَةِ بِالْحَقِّ كَالْغَازِي في سَبِيلِ الله، حَتَّىٰ يرجِعَ إِلَىٰ بَيْتِهِ»[١].

(١) تقدم تخريجه في كتاب الزكاة.

يجبُ على الإمامِ وَعَلَىٰ السَّاعِي إنْ فُوِّضَ إليه أَمْرُ تفريقِ الصدقات: أَنْ يَأْمُرَ بإحْصَاءِ أَهْلِ السُّهْمَانِ في عَمَلِهِ، حَتَّىٰ يكونَ فراغُهُ من قَبْضِ الصدقاتِ بعد معرفةِ أسمائِهِمْ وأحوالِهِمْ، ثم يَبْدأُ فيخرجُ سهْمَ العامِلِ، وإن كان الساعِي يقسِّمه: يأخذ عمالته حتَّىٰ إنْ فَضَلَ مِنْ أجر عمله شيءٌ ـ: رد إلى الباقين، وإن احتاج إلَىٰ زيادةٍ ـ: كمَّله، ثم يقسّم الباقي بَيْنَ الأصنافِ السبعةِ، وإنْ حمل ربُّ المال بنَفْسه إلى الإِمَامِ، أو قسم بنَفْسِهِ ـ: سَقَطَ سهْمُ العامل؛ فيقسَّم المالُ على سبعةِ أصنافٍ: إنْ كانوا موجُودِين، ويجبُ أن يسوّى بين الأصنافِ، لا يفضل صِنْفًا على صنفٍ، فإنْ وجد بعض الأصناف؛ مِثْلُ: أنْ وجد أربعة أصناف، ولم يجدْ ثلاثة ـ: قسم بَيْنَ الموجودِينَ على السواءِ، وإن كان عَدَدُ بعضِ الأصنافِ أكثَرَ، وحاجَتُهم أشدُّ ـ: فلا يجوزُ أن يصرف إليهم مِنْ نصيبِ صِنْفٍ آخَرَ، ما دام فيهم مُسْتَحِقٌّ، ويستحبُّ أَنْ يُصْرَفَ نصيبُ كُلِّ صِنْفٍ إلى جميعِ أَهْلِ ذلك الصِّنْف، إنْ أمكَنَ. فإن كانوا محصورينَ في البَلَدِ، فهَلْ يجبُ؟ إن قلنا: لا يجوزُ نقْلُ الصدقةِ ـ: يجبُ أَنْ يُصْرَفَ إلَىٰ جميعهم، وإن لم يَمْكِنْ تعميمُهُمْ بأن لم يكُونُوا محصورينَ، أو كانوا محصُورِينَ، ولكن جوَّزنا النَّقْلَ، فصرف إلَىٰ بعضهم ـ: يَجُوزُ، ولكنْ لا يجوزُ إلى أقَلَّ من ثلاثةٍ منهم، إذا وجدوا، لأنَّ ـ الله تعالى ـ ذَكَرَ بلَفْظِ الجَمْعِ، فقال: ﴿لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾ [التَّوبة: ٦٠].

وأقَلَّ الجَمْعِ ثلاثةٌ[١]، ثُمَّ يجوزُ أَنْ يفاوت بين الثلاثةِ مِنْ كُلِّ صنفٍ، فيعطى بعضهم أقَلَّ وبعضهم أكثر؛ بخلافِ الأصنافِ: يجبُ التسويةُ بينهم؛ لأنَّ الأصناف محصورةٌ.

فيمكن التسويَةُ بينهم، والعَدَدُ مِنْ كُلِّ صنفٍ غيرُ محصورٍ[٢]، ولذلك: سَقَطَ تعميمُهُمْ، فسقط اعتبار التسويةِ بينهم، فلو دفع إلى اثنين، وحرم الثالث مَعَ وجودِهِ ـ: يجبُ عليه الغُرْمُ، وكم يغرم؟ فيه قولان:

أحدهما: يُغَرَّمُ الثلث؛ لأنه حَظُّ ثلاثةٍ؛ وتعدَّى في نصيب واحد.

والثاني: يُغَرَّمُ أَقَلَّ ما لو دفع إلَيْه: كان جائزًا؛ لأَنَّهُ لم يُفَرِّطْ إلاَّ في ذلكَ القَدْرِ فإن لم يجد شيئًا من بعض الأصناف إلاَّ واحدًا ـ: دفع إليه جَميعَ ذلك السهم، ما لم يخرجْ عن حَدِّ

---

(١) ينظر البرهان (١/ ٣٤٨) اللمع (ص ١٥) التبصرة (١٢٧) الإبهاج (٢/ ١٢٩) المعتمد (١/ ٢٤٨) العدة (٢/ ٦٤٩) المتحول (١٤٨) شرح التنقيح (٢٣٣) الإحكام للآمدي (٢/ ٢٠٤) روضة الناظر (١٢١)، جمع الجوامع (١/ ٤١٩) شرح الكوكب المنير (٣/ ١٤٤) المنتهى لابن الحاجب (٧٧) أصول السرخسي (١/ ١٥١) كشف الأسرار (٢/ ٢٨) تيسير التحرير (١/ ٢٠٧) فواتح الرحموت (١/ ٢٦٩) المسودة (١٤٩) نشر البنود (١/ ٢٣٤) شرح اللمع (١/ ٣٣٠) الوصول لابن برهان (١/ ٣٠٠) مفتاح الوصول (٧٣) تقريب الوصول (٧٨).

(٢) سقط في د.

ٱلِاستحقاقِ، فإنْ فَضَلَ منه فَضْلٌ[١] ـ: رَدَّهُ إلى سائِلِ الأصنافِ سواء.

وحُكْمُ زكاةِ الفِطْرِ حُكْمُ زكاةِ المالِ في أنه يَجِبُ صرفها إلَىٰ هذه الأصناف.

وقال الإصطخريُّ: يجوزُ صَرْفُ زكاةِ الفِطْر إلى ثلاثةٍ من الفقراءِ، لأنَّها قليلٌ، إذا دفع إليهم ـ: لا تَقَعُ منهم موقعًا.

والأول المذهب.

فإنْ تعذَّرَ قسمتها ـ: يجتمع جماعةٌ يجمعون صدقاتهم، ثم يقسمونها على المستحقين.

وقال أبو حنيفة: يجوزُ صَرْفُ جميعِ الزكاةِ إلى صنفٍ[٢] واحدٍ، وإلَىٰ شخصٍ واحدٍ مع وُجُودِ الباقين.

دليلنا: قولُهُ تعالَىٰ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ...﴾ [التوبة: ٦٠] الآية أَضَافَ الصدقاتِ إلى ثمانية أصنافٍ بلام التَّمْلِيكِ؛ لا يجوزُ حرمانُ بعضهم؛ كما لو قال: هذا الثوبُ لفلانٍ وفلانٍ ـ: فلا يعطى إلى أحدهما؛ يؤيِّده أنه قال في آخر الآية: ﴿فَرِيضَةً مِنَ اللهِ﴾ [التوبة: ٦٠] وهو يرجعُ إلَىٰ أَصْل الأداء، وإلَىٰ صفةِ الأداءِ جميعًا، وإذا ٱجْتَمَعَ في شَخْصٍ واحدٍ سببانِ لِلْاسْتِحْقاقِ، فهل يُعْطَىٰ من زكاةِ مالٍ واحدٍ بالسببين جميعًا؛ اختَلَفَ أَصْحابُنَا فيه:

منهُمْ مَنْ قال: فيه قولانِ:

أحدهما ـ وهو قول أبي حنيفة ـ: يعطَى بهما؛ لأنَّ الله تعالَىٰ جَعَلَ للفقير سَهْمًا، وللغارم سهمًا، وهذا فقيرٌ غارمٌ.

والثاني: لا يُعْطَىٰ إلاَّ لسَبَبٍ واحدٍ، يقال له: ٱخْتَرْ أيهما شِئْتَ؛ فنعطيكَ به؛ لأنَّهُ شَخْصٌ واحدٌ؛ فلا يأخذ سمهين مِنْ مالٍ واحدٍ، كما لو ٱنفرد بمعنىً واحدٍ.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إنْ كان السَّبَبانِ من جنسٍ واحدٍ؛ كالفقر والغُرمِ [إذا كان لمصلحة نفسه][٣] ـ:

لا يُعْطَىٰ بهما؛ لأنَّ الفقيرَ والغارمَ لمصلحة نفسه ـ: يستحقَّانِ؛ لحاجتهما إلينا؛ وكذلك: الغازي والغارمُ لإصلاحِ ذَاتِ البَيْنِ ـ: يستحقَّان؛ لحاجتنا إليهما، فإذا ٱجتمعا في شخصٍ واحدٍ ـ: لا يعطَىٰ بهما.

---

(١) في د: شيء.

(٢) في د: جنس.

(٣) سقط في د.

وإِنْ كان السببانِ مختلفَيْنِ بأَنْ كان غازيًا غارمًا ـ: يعطَىٰ؛ لأنَّ استحقاقَ الغازِي لحاجتنا إليه، واستحقاق الغارمِ لحاجَتِهِ إلينا: إذا كَانَ غرمُهُ لمصلحةِ نفسِهِ؛ كما في الميراثِ ـ: إذا اجتمع في شخصٍ واحدٍ جهتا فَرْضٍ ـ: لا يعطى بهما، وإذا اجْتَمَعَ فيه جهَةُ فَرْضٍ، وجهةُ تعصيبٍ ـ: يعطَىٰ بهما، وإن كان العاملُ على الصدقةِ فقيرًا ـ: هلْ يُجْمَعُ له بَيْنَ سَهْمِ الفقراءِ وسَهْمِ العاملين؟ على قولنا: إنه لا يُعْطَىٰ بسببين ـ: فيه وجهان، وأَصْلُ الوجهَيْنِ: أنَّ ما يأخذه العامل أجرةُ عَمَلِهِ أمْ صدقَةٌ؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: أجر عمله؛ لأنَّه يستحقُّهُ بالعَمَلِ؛ فعل هذا: يُجْمَعُ له بَيْنَ السهمين.

والثاني صدقَةٌ؛ لأنَّ الله تعالَى ذَكَرَهُ في المُسْتَحِقِّينَ للصَّدقة؛ فعلَىٰ هذا: لا يُجْمَعُ له بينهما.

فَصْلٌ فيمن يقوم بتفريق زكاته

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ...﴾ [التوبة: ١٠٣] الآية زكاةُ الأموالِ الباطنة هي: زكَاةُ الذهبِ والفضَّةِ، وزكاةُ التجارةِ، وصدَقَةُ الفِطْرِ، وحَقُّ الرِّكَاز ـ: يَجُوزُ لربِّ المالِ أن يُفَرِّقها بنفسه، ويجوزُ أنْ يَدْفَعَهَا إِلَىٰ الإمام؛ لأنَّه نائبُ المستَحِقِّينَ، والأفضَلُ ـ: أنْ يفرِّقها بنفسه؛ ليكونَ على يقين[1] مِنْ وصولها إلى المُسْتَحِقِّين.

أمَّا زكاةُ الأموالِ الظاهرةِ، وهي: المواشِي، والزروع، والثُّمار، وحَقُّ المَعْيرين ـ: هل يجوزُ أن يفرِّقها بنفسه أم يجب دفعها إلى الإمام؟ فيه قولان:

أصحُهما ـ وهو قوله الجديد ـ: يجوز أن يفرقها بنفسه؛ كزكاة الأموالِ الباطنةِ، إلاَّ أنَّ الأفضَلَ ههنا أنْ يدفع إلى الإمام.

وقال في القديم ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: يجبُ دَفْعُهَا إِلَى الإمام؛ حتى لو فرق[2] بنفسه ـ: لا تُحْسَبُ. ويلزمُهُ الضمان؛ لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾، ولأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ والخُلَفَاءَ مِنْ بعدِهِ كانوا يَبْعَثُونَ السعاة لأخذها.

فإن قُلْنا: يَجبُ الدفعُ إلى الإمام ـ: فذلكَ إذا كان الإمامُ عادلاً، فإن كان جائرًا ـ: هل يجبُ الدفعُ إليه؟ فيه وجهان:

---

(١) في د: ثقة.
(٢) في د: حذفها.

أحدهما لا يجب؛ لأنَّ الظاهِرَ مِنْهُ أَنَّهُ لا يوصله إلى المستَحِقِّينَ؛ بل الأولَىٰ أن يدفع بنفسه، ولو دفع إليه ـ: جاز.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: يجبُ؛ لأنَّه لا ينعزل بالجَوْرِ وإذا دفع إليه ـ: سقط الغَرَضُ عنه، وإن لم يوصِّلها إلى المستَحِقِّين.

فحيث قلنا: يجبُ الدفعُ إلى الإمامِ ـ: فما دام يُرْجَىٰ مجيء الساعي: لا يجوز أن يُعَرِّفَ بنفسه، وإن كان لا يرجو ـ: جاز.

ثم إِنْ جاء الساعي، ولم يصدقه ـ: فالقولُ قولُ رَبِّ المال مَعَ يمينه، وهذه اليمنُ واجبةٌ أم مستحبَّةٌ؟ فيه وجهان:

إن قلنا: مستحبَّةٌ: فإن نكل ـ: لا شيَ‍ءَ عليه.

وإِنْ قلنا: واجبةٌ ـ: فإن نكل ـ: أخذتِ الزكاةُ منه لا بنكوله، ولكن لأنَّ الزكاة كانَتْ واجبةً عليه، والأَصْلُ بقاؤها عليه.

وإذا ٱمتنع رجُلٌ عن أداءِ الزكاةِ ـ: للإمامِ أنْ يأخذها منه كُرْهًا.
وعند أبي حَنِيفَةَ: لا يأخذها كُرْهًا.

وإذا ٱمتنع جَمَاعَة ـ: قاتلهم الإمامُ؛ كما فعل الصديق، رضي الله عنه.

وقد ذكرنا أَنَّ ربَّ المالِ إذا دَفَعَ الزكاةَ بنفسه ـ: يجب أَنْ يقسمها على الأصنافِ الموجُودَةِ على السواءِ، وإذا كان له أَنْوَاعٌ من الأموال التي يجبُ فيها الزكاةُ؛ كالمواشي والدراهمِ والدنانير ـ: يجبُ أن يقسم زكاة كُلِّ نَوْعٍ منها بٱنفرادِهِ على الأصنافِ الموجودةَ على السواءِ.

أما إِذا اجتمع عند الإمام صدقاتُ قَوْمٍ ـ: فلا يجبُ عليه أن يَضَعَ صدقَةَ كُلِّ واحدٍ من الأصناف الثمانية على السواءِ؛ بل [له][1] أن يَضَعَ صدقة رَجُلٍ في صِنْفٍ واحدٍ، وفي نفسٍ واحدةٍ؛ على ما يَرَىٰ، ولكنْ لا يَجُوزُ أن يحرم من جملة الصدقات صِنْفًا أو يفضِّلهم على صِنْفٍ آخَرَ، فالإِمَامُ في قسمةِ جميعِ الصدقاتِ: كَرَبِّ المال في قِسْمَةِ صَدَقَةِ نفسه.

ولا يجوزُ للسَّاعي ولا للإمامِ أَنْ يتصرَّف فيما يجتمعُ عنده مِنْ مالِ الزكاةِ حتَّىٰ يوصِّلها إلى أهلها؛ لأنَّ الفقراءَ أَهْلُ رُشْدٍ لا يولَّىٰ عليهم، فإنْ باع منه شيئًا ـ: فالبيع باطلٌ، ويستردُّ إن قدر عليه، وإلاَّ غرم مِنْ مالِ نفسه.

فإنْ وَقَعَتْ ضرورةٌ بأن خَافَ هلاكَ بَعْضِ المواشِي، أو خَافَ السَّاعي خَطَرَ الطريقِ، أو

---

(١) في د: يجوز.

أَحتَاجَ إلى رَدِّ جُبْرَانٍ، أو أحتاجَ في نَقْله إِلَىٰ مؤنةٍ لِطُولِ الطريقِ إلى الإمَامِ، أو أخذ نَصْف شاة، فتعذَّر نقله أو نَحْو ذلك ـ: جاز له بَيْعُهَا.

وإذا اجْتَمَعَ حَقُّ أهلِ السُّهْمَانِ في بعيرٍ واحدٍ، أو بقرةٍ، أو شاةٍ أو دينارٍ ـ: فليس لِرَبِّ المال بَيْعُهُ، بل يشترك المستحقون فيه، ثم بَعْدَ ما ملكوا: لو وكَّلوا ببيعه ـ: يجوز، أما الإمامُ إذا رأَىٰ أَنْ يشركهم فعل، وإنْ رأَىٰ أَنْ يبيعَ بَاعَ وفرَّقَ الثمن عليهم، وكذلكَ: كُلُّ ما يكالَ ويوزَنُ.

فَصْلٌ فيمن لو أخطأ الإمام في المدفوع إليه

ولو دَفَعَ الإمامُ الزَّكاةَ إِلَىٰ رَجُلٍ، ثم ظهر أنَّ[1] المدفوعَ إلَيْه: كان عَبْدًا، أو كافرًا، أو غَنِيًّا ـ: فالفرض عن رَبِّ المال ساقط؛ لأنَّه دَفَعَ إلى الإمامِ الذي هو نائبٌ عن المساكين.

وهَلْ يجبُ الضمانُ على الإمامِ؟ نظر: إنْ بان غنيًّا ـ: لا يجب، بل إنْ كان المالُ قائمًا في يَدِ المدفوعِ إِلَيْهِ ـ: يستَرِدُّهُ وإنْ كان تالفًا ـ: يغرِّمُهُ قيمتَهُ، إن قَدَرَ عليه، ويصرفُهُ إلى المستَحِقِّينَ، سواءٌ شرط عند الدفعِ إليه أنَّه زكاة، أو لَمْ يَشْرط:

وإِنْ بَانَ عبدًا أَوْ كافرًا ـ: هَلْ يلزمُهُ الضمان؟ فيه قولان:

أصحُّهما: لا؛ كما لو بان غَنِيًّا.

والثاني: يجبُ؛ بخلاف ما لو بَان غنيًّا؛ لأن الغنى مما يخفى، فقلَّ التوصُّل إلى معرفته، والكفر والرِّقُّ مما لا يَخْفَىٰ، ويمكن التوصُّلُ إِلَىٰ معرفتهما، وكان مفرطًا بترك (التفحُّص)[2] والقولان يُبْنِيَانِ علَىٰ أَنَّ خطأ الإمام عَلَىٰ عاقلتِهِ، أَمْ في بَيْتِ المال؟

إن قلْنا: على عاقلتِهِ ـ: لا يجبُ.

وإنْ قلنا: في بيتِ المالِ ـ: فيجبُ في بيتِ المال.

أما إذا أعطى ربُّ المال الزكاة بنفسِهِ، ثم بان المدفوعُ إليه، عبدًا أو كافرًا ـ: فالغرض باقٍ في ذمَّتِهِ، ويستردُّ من المدفوع إليه ما دفع إِلَيْهِ، إن كان قائمًا. وإن كان تالفًا ـ: فقيمته، ويتعلَّقُ بذمَّة العبدِ.

وإن بان غَنِيًّا ـ: فقولان:

أصحُّهما ـ وهو قوله الجديد ـ: لا يسقُطُ الغرضُ عنه؛ كما لو [بَانَ][3] عبدًا، وهلْ

---

(١) في د: بأن.

(٢) في د: التحفظ.

(٣) في د: كان.

يستردُّ ما دفع إليه ـ نظر: إنْ ذكر عند الدفع إليه أنَّهَا صدقةٌ واجبةٌ ـ: تستردُّ إنْ كانَتْ قائمةً، وإنْ كانَتْ تالفةً ـ: تسترد قيمتها.

وإن لم يذكر أنها صدقَةٌ واجبةٌ ـ: فلا تستردُّ، وتقع تطوُّعًا؛ بخلاف الإمامِ: يستردُّ، وإن لم يُخْبِرْهُ؛ لأنَّ الظاهر مِنْ حاله أَنَّهُ لا يعْطى إلاَّ الزَّكاة، ورَبُّ المالِ قد يُعْطِي من ماله الفَرْضَ والتطوُّعِ وإنْ لم يخبر ـ: يحمل على التطوُّع.

وقال في القديم ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: يسقط الفرضُ عنه؛ لِأَنَّ الغِنَىٰ لا يَخْفَىٰ، ولا يُمْكِنُ الْوقُوفُ عَلَيْهِ؛ كما لو بَانَ مَنْ دَفَعَ إِلَيْهِ أنَّه غَنِيٌّ.

والأولُ أصحُّ؛ أنه غَيْرُ ساقِطٍ عنه؛ لأنه كان يمكنُهُ أن يسقط الفَرْض عنه بيمينٍ؛ بأن يَرْفَعَهَا إلى الإمامِ، فإذا لم يَفْعَلْ ـ: فقد فَرَّطَ؛ والإمامُ ليس فَوْقَهُ مَنْ يَرْفَعُهُ إليه، فلم يَكُنْ مُفَرِّطًا، وكذلك: حُكْمُ زكاةِ الفِطْرِ والكفارةِ، إذا بان أَنَّ المدفُوعَ إليه غَيْرُ مُسْتَحِقٍّ؛ على التَّفْصِيلِ الذي ذكَرْنَا.

فَصْلٌ فِي نَقْلِ الصَّدَقَةِ

رُوِيَ عَنِ ٱبْنِ عَبَّاسٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ـ ﷺ ـ بَعَثَ مُعَاذًا إِلَىٰ اليَمَنِ، فَقَالَ: «أَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللهَ فَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً أَمْوَالِهِمْ؛ تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ، وَتُرَدُّ إِلَىٰ فُقَرَائِهِمْ»[1].

نَقْلُ الصدقةِ مِنْ بلدِ المالِ إلىٰ بَلَدٍ آخَرَ عِنْدَ عَدَمِ المُسْتَحَقِّينَ فِي بَلَدَ المالِ ـ: فَرْضٌ، أما عند وجودِ مُسْتَحِقِّينَ ـ: هلْ يَجُوزُ النَّقْلُ أمْ لا؟ فيه قولان:

أحدُهُما: يجوزُ؛ لأنَّ اللهَ تعالَىٰ أقام الصدقاتِ للفقراءِ؛ فلم يَخُصَّ به فقيرَ بَلَدِ المالِ، وكما قُلْنَا في الكفارةِ: لا يختصُّ أداؤها ببلد الوجوب؛ وهذا قولُ أَبِي حَنِيفَةَ.

والثَّاني: وهو الأصح ـ: لا يجوزُ؛ لحديثِ مُعَاذٍ؛ حَيْثُ قال النبيُّ ـ ﷺ ـ: «تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ، وَتُرَدُّ عَلَىٰ فُقَرَائِهِمْ»، ولأنَّ صدقة كُلِّ قَوْمٍ تكونُ لفقراءِ ذلكَ القَوْمِ، ولأنَّ طَمَعَ مساكينِ البَلَدِ قد يستَحْكِمُ في صدقاتِ أَرْبابِ الأموالِ؛ ففي نقله إيحاشُهُمْ.

ومِنْ أصحابِنَا مَنْ قَالَ ـ وهو الأصحُّ ـ: لا يختلفُ القَوْلُ أنَّ النَّقْلَ لا يَجُوزُ، والقولانِ إذا نقل، وأدَّىٰ هَلْ يسقُطُ الفَرْضُ عنه؟ فيه قولان ـ: أصحُّهما: لا يَسْقُطُ، وعليْهِ الإعارةُ، وٱخْتَلَفَ أصحابُنَا في موضعِ القوْلَيْنِ:

منهم مَنْ قال: القَوْلاَنِ فيما إِذَا نقل إِلَىٰ مَسَافَةِ القَصْرِ، أما إذا نقل إِلَىٰ ما دُونَ مسافةِ

(١) تقدم في أول كتاب الزكاة.

القَصْر في حُكْمِ البلدِ، فصار كما لو نقل في البَلَدِ مِنْ مَحَلَّةٍ إلى مَحَلَّةٍ: جاز.

ومنهم مَنْ قَالَ: سواءٌ قَرُبَتِ المسافةُ أو بَعُدَتْ بعد مَا أَخْرَجَهَا من البَلَدِ؟ فيه قولان، وهو الصحيحُ، نصَّ عليه في «الأم».

وأما إذا كان البَلَدُ فرسخَيْنِ في فَرْسَخٍ أو أكثرَ فجَمِيعُ مَا فِيهَا من المساكين سَوَاءٌ في الاستحقاقِ، فإنْ كان أطرافُهَا أَبْعَدَ من بَعْضِ القُرَىٰ؛ فإن قُلْنَا: لاَ يَجُوزُ النَّقْلُ، فإنْ كان المالُ ببَلَدٍ، والمالكُ ببلَدٍ آخرَ ـ نظر:

إن كان عُشْرَ تَمْرٍ وزَرْعٍ ـ: صُرِفَ إلى فقراءِ بَلَدِ الأَرْضِ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ والتَّمْرَ قَدْ حصلَ مِنْ ذَلِكَ البَلَدِ، وإنْ كَانَ مَالَ التجارة ـ: صُرِفَتْ صدقَتُهَا إلى فقراءِ البلدِ الَّذي يَحُولُ الحَوْل عليه فيه، وإنْ حَالَ الحَوْلُ، وهو في مفازَةٍ أو بادية ـ: صُرِفَ إلى فقراءِ أقربِ البلادِ، فَإِنْ كانَتْ أموالُهُ ببلدانٍ متفرِّقَةٍ ـ: صُرِفَتْ زَكَاةُ كُلِّ طائفَةٍ مِنَ المَالِ إِلَىٰ مَسَاكِينِ البَلَدِ الَّذِي بِهِ المَالُ، وَلاَ اعْتِبَارَ لِلْبَلَدِ الذي به المالكُ؛ لأنَّ المساكينَ مُطَّلِعُونَ إلى المالِ لا إلى المَالِكِ.

وفي صدقة الفِطْرِ: إن كان هو ببلدٍ ومالُهُ ببَلَدٍ آخَرَ ـ: فيه وجهان:

أحدُهُمَا: تُصْرَفُ إلى فُقراءِ بَلَدِ المَالِ؛ لأن وجوبَهَا بسَبَبِ المال.

والثاني، وهو الأَصَحُّ ـ: إِلَىٰ فقراءِ بلدِ صاحبِ المالِ؛ لأنَّها صدقَةُ البَلَدِ.

وإذا قلنا: إنَّ النَّقْلَ لا يجوزُ ـ: فلا تُحلوا أَهْلُ الصدقاتِ: إمَّا أَنْ كانوا مُقِيمِينَ في بَلَدٍ، أو كانوا أَهْلَ باديةٍ، وإنْ كانُوا مقيمِينَ فِي مِصْرٍ أو قريةٍ: فإن كان المستَحِقُّونَ فيها مَحْصُورِينَ واتَّسَعَ المالُ ـ: يَجِبُ أن يُصْرَفَ إِلَىٰ جميعهم، وإن لَمْ يَكُونُوا محصورِينَ: صُرِفَ إِلَىٰ بعضهم سواءٌ فيه المستحقُّون المقيمُونَ، ومَنْ وُجِدَ بها مِنَ الغُرَبَاءِ: لا يجوزُ الإخراجُ عنها، وإنْ نقل ـ: أعاد؛ على الأصَحِّ من القولَيْن.

وإذا كان فقراءُ البلدِ محصُورينِ ـ: لا يجبُ التسويةُ بينهم وإن وجب تعميمهم؛ بخلاف ما لو أوصى بفقراء بلد نفسه؛ وهو محصورون، تجب التسوية بينهم لأنه ثَبَتَ لهم الحَقُّ على التعيينِ؛ بدليلِ أنَّهُ لو لَمْ يَكُنْ فيها فقيرٌ ـ: تَبْطُلُ الوصيَّةُ، وهَهنا: لم يثبت لهؤلاء الحَقُّ على التعيين؛ بدليلِ أنَّهُ إذا لم يَكُنْ في البلدِ فقيرٌ ـ: ينقل، فمن حيث إِنَّهم محصُورُونَ ـ: يجبُ تعميمُهُمْ، ومَنْ حيث إنَّه لم يَثْبُتْ على التعيين؛ إنما تعينوا لعقد غيرهم ـ: لم يجب التسويةُ بينهم، وإن لم يَكُنْ في البلد مستَحِقُّونَ ـ: يُنْقَلُ إلى بلدٍ آخَرَ، ثم إنْ كان عَلَىٰ أَقَلَّ من مسافةِ القَصْرِ ـ: فهو في حُكْمِ أَهْلِ البلدِ، لا يُنْقَلُ إِلَىٰ ما فوقها.

أَمَّا أَهْلُ الباديَةِ: فضربان:

أَحدُهما: أَنْ يَكُونُوا مُقيمين في مواضِعَ لا يَرحَلُونَ عنها، شِتاءً ولا صَيْفًا ـ: فهم كَأَهْلِ بَلْدَةٍ واحِدَةٍ.

والثَّاني: أَلاَّ يَكُونُوا مُسْتَقِرِّينَ؛ بل كُلَّمَا أَجْدَبَ ٱنْتَقَلُوا إِلَىٰ مَوْضعٍ آخر؛ فهم على ضَرْبَيْنِ:

أَحدهما: قَوْمٌ أَخْلاَطٌ لا يَتَمَيَّزُ بَعْضُهُمْ عَنْ بعضٍ، ولا يتفرَّقُونَ في مَنْزِلٍ وَرَعْيٍ، وٱلاِعْتبارُ في صدقتهم بالمَوْضِعِ الَّذي تجبُ فيه، والجوارُ في حَقِّهم: أَنَّ تجمعهم في مَوضِعٍ لا تُقْصَرُ إليه الصَّلاةُ، وكُلُّ مَنْ كان عَلَىٰ أَقَلِّ من مسافَةِ القَصْرِ مِنْ موضِعِ المالِ ـ: كان في حُكْمِ البلدِ ـ: لا ينقلُ عنهم الصَّدَقَةُ، إِلاَّ أَنَّ الشَّافِعِيَّ ـ رضي الله عنه ـ أَوْمَأَ إِلَىٰ أَنَّهُ إذا كان في جوارِهِمْ قَوْمٌ يظعنون بظعنهم، ويقيمون بإقامتهم: أَنَّهم أَوْلَىٰ بصدقتهم مِمَّنْ يفارقهم في الظَّعْنِ والإقامةِ من جيرانهم، وهذا علَىٰ طريقِ الاِسْتحباب، فَأَمَّا في ٱلاِستحقاق: فالكُلُّ سواءٌ، وأَنْ كان أَهْلُ الباديةِ يَتَمَيَّزُ بعضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ؛ مثلُ قبائِلِ العربِ: كُلُّ جبلة[1] متميِّزةٌ عَنِ الأخْرَىٰ ـ: فَٱخْتَلَفَ أَصحابنا فيه:

مِنهُمْ مَنْ قال: أَهْلُ كُلِّ قَبيلةٍ بمنزلةِ أَهْلِ بلدٍ؛ لا يجوزُ النَّقْلُ من قبيلةٍ إِلَىٰ أُخرَىٰ؛ لأَنَّهُمْ مُتَمَيِّزُونَ.

ومنهم مَن قال: الكُلُّ وَاحِدٌ، وهو كالضَّرْبِ الأَوَّلِ؛ يُصْرَفُ إِلَىٰ الجوارِ، وهو مَنْ كانَ علىٰ أَقَلِّ من مسافةِ القَصْرِ.

وإذا عدم بعض الأصناف ـ نظر:

إِنْ عدم في جَمِيعِ البلادِ؛ كالمُؤَلَّفَةِ قُلُوبهمْ وغَيرِهِمْ مِنَ الأَصْنَافِ، إذا عَدِمُوا ـ: تُصْرَفُ الزَّكاةُ إِلىٰ الموجودِينَ منهم؛ كما ذكرنا.

أَمَّا إذا عدم في بلدِ المالِ، ويوجَدُ في غيره مِنَ البِلادِ: فَإِنْ قُلْنَا: نقل الصَّدَقة ـ: يجوزُ أَنْ ينقل نصيب الباقين إِلَىٰ بلدهم، وإِذَا وُجِدَ في بَلَدٍ قَرِيبٍ: جاز نَقْلُهُ إِلَىٰ أَبْعَدَ.

وإِنْ قُلْنا: نَقْلُ الصَّدَقَةِ لا يجوز ـ: ٱختلفَ أَصحابُنَا فيه:

منهم مَن قال: يُنْقَلُ إِلَىٰ بلدهم، ولا ترد إلى الأَصنافِ الموجُودِينَ في بَلَدِ المالِ؛ لأَنَّ حَقَّ كُلِّ صِنفٍ مَنْصوصٌ عَلَيْهِ، وحُكْمُ المكان ـ: ثبت بٱلاِجْتِهادِ، فيقدَّم ما ثبت بالنَّصِّ.

والثَّاني ـ وهُوَ الأَصَحُّ ـ يرد علىٰ الأَصْنافِ الموجودين في بَلَدِ المالِ، ولا ينقل؛ كما

---

(١) الجِبلَّةُ: الخِلقة.

ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١٠٦).

لو لم يجد في البلدِ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ إلاَّ ٱثنين: يردُّ نصيبُ الثالثِ إِلَىٰ ٱلاثنين، ولا ينقل، فحكم الأصنافِ حُكْمُ أَقَلِّ الأعْدادِ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ، ولأَنَّ عَدَمَ الشَّيْءِ في موضعِهِ كالعَدَمِ بِكُلِّ حالٍ، وإِنْ وُجِدَ في غَيْرِهِ ـ كَمَنْ عدم الماء في موضِعٍ: صَلَّىٰ بالتَّيَمُّمِ، وإِنْ كانَ يوجَدُ في غَيْرِ ذَلِكَ المَوْضِعِ.

وإِنْ قُلْنا: ينقل ـ: فَيُنْقَلُ إِلَىٰ الصِّنْفِ الآخر بأَقْرَبِ البِلادِ إلى بَلَدِ المالِ، فَإِنْ نُقِلَ إِلَىٰ أَبْعَدَ، أَو لَمْ ينقل، ورد إلى الأَصْنافِ في بَلَدِ المَالِ ـ: ضَمِنْ.

وإِنْ قُلنا: لا يُنْقَلُ ـ: يَرِدُ إلى الأَصنافِ المَوجُودينَ بِبَلَدِ المالِ، فنقل ـ: ضمن، وكذلك: إذا كانَتِ ٱلأَصْنَافُ مَوجُودِينَ، فقسمنا عليهم ـ: فينقص نصيب بعضهم عن كفايتهم؛ فَإِن ٱعتبرنا بَلَدَ المالِ ـ: صُرِفَ الفَضْلُ إِلَىٰ مَنْ نقص نصيبهم، وإِنِ ٱعْتَبرنا بالأَصْنافِ: صُرِفَ الفاضلُ إِلَىٰ الصِّنْفِ الَّذي فَضَلَ منهم بأَقْرَبِ البِلادِ.

وإذا كان لرَجُلٍ أَرْبَعُونَ مِنَ الغَنَمِ: عِشْرُونَ بِبَلَدٍ، وعِشْرُونَ بِبَلَدٍ آخر، فَأَدى شاةً في أَحَدِ البَلَدَيْنِ ـ: قال: كَرِهْتُ، وأَجزأَه.

قال أَبو حَفْصٍ بْنُ الوكيلِ: هذا جَوابٌ علىٰ قولِ جوازِ نَقْلِ الصَّدَقَةِ، فَإِنْ لم يُجَوِّزِ النَّقْلَ ـ: يجب أَنْ يُؤَدِّيَ في كُلِّ بَلَدٍ نِصْفَ شاةٍ، والمذهبُ: جوازُهُ ههنا علىٰ القَوْلَيْنِ جميعًا، لمعنيين:

أَحَدُهُما: لأَنَّ له في كُلِّ بَلَدٍ مالاً.

والثَّاني: أَنَّ الواجِبَ عليه شاةٌ؛ فلا ينتقص.

وفائِدَتُهُ تظهَرُ فيما إذا كان له مائَتَانِ مِنَ الغَنَمِ: مائَةٌ بِبَلَدٍ، ومائَةٌ ببَلَدٍ أُخرَىٰ، فَأَدَّىٰ شاتَيْنِ في أَحَدِ البَلَدَيْنِ ـ: هل يجوزُ أم لا؟:

إن قُلْنا: نَقْلُ الصَّدَقَةِ جائِزٌ ـ: فيجوزُ.

وإِنْ قُلْنا: النَّقْلُ غَيْرُ جائِزٍ ـ: ففيه وجهان:

إِنْ قُلْنا بالمَعْنى الأَوَّل ـ: يجوزُ.

وإِنْ قُلْنا بالثَّاني ـ وهو الأَصَحُّ ـ: لا يجوزُ، بَلْ يجبُ أَنْ يُؤَدَّىٰ في كُلِّ بَلَدٍ شاةً.

قال الشَّافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: وإِنَّما يستحِقُّ أَهْلُ السُّهْمَانِ حَقَّهُمْ يَوْمَ يَكُونُ القَسْمُ سِوَىٰ العامِلِين، يعني: العامِلُ يستحقُّ بعدَ العملِ، وأَهْلُ السُّهْمَانِ بَعْدَ القسمِ.

وقال في «قَسْمِ الفَيْءِ»: إِنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ يومَ الوُجُوب، وهو عند حُلُولِ الحول[1]،

---

(١) في د: الأجل.

وليسَ على قَوْلَيْن، بل هو على اختلافِ حالَيْن: فإنْ كان المُسْتَحِقُّونَ مَحْصُورينَ في بَلَدٍ أَو قَرْيَةٍ، وقُلْنا: نقلُ الصَّدَقَةِ لا يجوزُ - : فهؤلاء يستحقُّونَ بيوم وُجُوبِ الزَّكاةِ؛ حَتَّىٰ لو ماتَ واحِدٌ مِنْهُمْ بَعْدَ الوُجُوبِ قَبْلَ القِسْمَةِ - : فيدفع نَصيبُهُ إِلَىٰ وارِثِهِ، وإِنْ غابَ - : لا يسقطُ حَقُّهُ بغَيْبَته.

وإنْ كان فقيرًا يَوْمَ الوُجُوبِ فَأَيْسَرَ قَبْلَ القسمةِ - : دُفِعَ إليه.

وإنْ دَخَلَ ذلك البَلَدَ وَاحِدٌ من أَهْلِ السُّهْمانِ بَعْدَ الوُجُوبِ قَبْلَ القِسْمَةِ - : لا يُشارِكُ من فيه.

أَمَّا إذا لم يكُونُوا مَحْصُورينَ أَو كانُوا مَحْصُورينَ في البَلَدِ، وقُلْنا: نَقْلُ الصَّدَقَةِ جَائِزٌ - : فإِنَّهُمْ يستحقُّونَ بيَوْمِ القِسْمَةِ حَتَّىٰ لو ماتَ واحِدٌ منهم بَعْدَ الوُجُوبِ، أَو غاب، أَو أَيْسَرَ قَبْلَ القِسْمَةِ - : فلا حَقَّ له فيه، وإِنْ وُجِدَ غرِيبٌ - : يُشارِكُهُمْ فيه.

فَصْلٌ في تَحْرِيمِ الصَّدَقَةِ عَلَىٰ نَبِيِّنَا ﷺ وأَقَارِبِهِ

رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ قَالَ: مَرَّ النَّبِيُّ - ﷺ - بِتَمْرَةٍ فِي الطَّرِيقِ، فَقَالَ: «لَوْلاَ أَنِّي أَخَافُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ - : لأَكَلْتُهَا»(١).

الصَّدَقَةُ المَفْرُوضَةُ كانَتْ مُحَرَّمَةً عَلَىٰ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - وعَلَىٰ أَقَارِبِهِ مِنْ بَنِي هاشِمٍ، وبَنِي المُطَّلِبِ؛ قال النبي - ﷺ -: «إِنَّ هٰذِهِ الصَّدَقَاتِ إِنَّما هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ، وَإِنَّهَا لاَ تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلاَ لآلِ مُحَمَّدٍ»(٢).

أَمَّا الهَدِيَّةُ كَانَتْ حَلالاً لِرَسُولِ اللهِ - ﷺ - قَالَتْ عَائِشَةُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - : «كَانَ النَّبِيُّ - ﷺ - يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ، ويُثِيبُ عَلَيْهَا»، وعن أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ - ﷺ - قَالَ: «لَوْ دُعِيتُ إِلَىٰ كُرَاعٍ لأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ لَقَبِلْتُ»(٣).

أَمَّا صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ كَانَ النَّبِيُّ - ﷺ - لا يَأْخُذُهَا وهَلْ كانَتْ تَحِلُّ لَبَنِي هاشِمٍ وبَنِي المُطَّلِبِ؟ فيه قولان:

أَحَدُهُما: لا؛ لأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - كانَ لا يَأْخُذُهَا.

والثَّاني - وهو الأَصَحُّ - : تَحِلُّ، لِما رُوِيَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ كَانَ يَشْرَبُ مِنْ سِقَايَاتٍ [بَيْنَ](٤) مَكَّةَ والمَدِينَةِ، فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ؟ فَقَالَ: «إِنَّمَا حُرِّمَتْ عَلَيْنَا

---

(١) تقدم تخريجه في الزكاة.
(٢) تقدم تخريجه في الزكاة.
(٣) تقدم تخريجه في الزكاة.
(٤) سقط في د.

الصَّدَقَةُ المَفْرُوضَةُ»[١]، والنَّبِيُّ - ﷺ - كانَ لاَ يَأْخُذُهَا تَنْزِيهًا لاَ تَحْرِيمًا.

أَمَّا موالِي النَّبِيِّ - ﷺ - وموالِي بَنِي هاشِمٍ وبَنِي المُطَّلِبِ: تَحِلُّ لَهُمْ صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ.

وهل تحلُّ لهم الصَّدَقَةُ المَفْرُوضَةُ؟ فيه قولان:

أَحَدُهُمَا: تحلُّ لأَنَّهُمْ لا يَسْتَحِقُّونَ خُمُسَ الغَنِيمَةِ، وَخُمُسُ الغَنِيمَةِ لأَقَارِبِ الرَّسُولِ - ﷺ - عِوَضٌ عن الصَّدَقَةِ.

والثَّاني - وهو الأَصحُّ -: لا تَحِلُّ، لما رُوِيَ عن أَبِي رافِعٍ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ - ﷺ - بَعَثَ رَجُلاً عَلَىٰ الصَّدَقَةِ، فَقَالَ لأَبِي رَافِعٍ: اصْحَبْنِي، كَيْمَا نُصِيبَ مِنْهَا فَانْطَلَقَ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - فَسَأَلَهُ؟ فَقَالَ: «إِنَّ الصَّدَقَةَ لاَ تَحِلُّ لَنَا، وَإِنَّ مَوَالِيَ الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ».

وَلَو اسْتُعْمِلَ عَلَىٰ أَخْذِ الصَّدَقَاتِ وَاحِدٌ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ، أَو بَنِي المُطَّلِبِ -: فَهَلْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ سَهْمَ العامِلين؟ فيه وجهان:

أَحدهما: يجوزُ، لأَنَّهُ أُجْرَةُ عَمَلِهِ.

والثَّاني - وهو الأَصحُّ -: لا يَجوزُ؛ كما لو كان الهاشِمِيُّ أَو المُطَّلِبِيُّ غارِمًا أَوْ غازِيًا: لا يجوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الصَّدَقَةِ.

والدَّلِيلُ عَلَيْهِ: ما رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ المُطَّلِبِ بْنَ رَبِيعَةَ، والفَضْلَ بْنَ عَبَّاسٍ قَالاَ للنَّبِيِّ - ﷺ -: جِئْنَا لِتُؤَمِّرَنَا عَلَىٰ بَعْضِ هَذِهِ الصَّدَقَاتِ، فَنُؤَدِّيَ إِلَيْكَ، كَمَا يُؤَدِّي النَّاسُ، وَنُصِيبُ كَمَا يُصِيبُونَ؛ فَقَالَ: «إن الصَّدَقَةُ لاَ تَنْبَغِي لآلِ مُحَمَّدٍ، إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ».

وكذلكَ: أَهْلُ الفَيْءِ لا تَحِلُّ لهم الصَّدَقَةُ، فَإِنْ كان عاملاً -: هل يَأْخُذُ العَمَالَةَ؟ فيه وجهان:

إِنْ جعلناها أُجْرَةَ العَمَلِ -: يَأْخُذ، وإِنْ جعلناها صَدَقَةً -: فلا.

ولو احْتَاجَ المُسْلِمُونَ إِلَىٰ مَنْ يُغنِيهم أَمْرَ الكُفَّارِ، وليس مع الإمامِ مَالُ الفَيْءِ -: فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُعْطَىٰ المُرْتَزِقَةُ مِنْ مَالِ الصَّدَقَةِ؟ فيه قولان:

أَصحُّهُما: لا؛ كَمَا [لا يصرفُ][٢] الفَيْءُ إِلَىٰ أَهْلِ الصَّدَقاتِ.

والثَّاني: يَجُوزُ أَنْ يعطيَهُمْ مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللهِ؛ لأَنَّهُ لِلْغُزاةِ، والمُرْتَزِقَةُ غُزَاةٌ.

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٢/ ٨٠) ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٨٣).

(٢) في د: يصرف.

فَصْلٌ في فَضْلِ صَدَقَةِ القَرِيبِ

رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قَالَ: «الصَّدَقَةُ عَلَىٰ الْمِسْكِينِ صَدَقَةٌ [وَهِيَ][١] عَلَىٰ ذِي الرَّحْمِ اثْنَتَانِ: صَدَقَةٌ، وَصِلَةٌ»[٢].

الأَفْضَلُ: أَنْ يَدْفَعَ الرَّجُلُ صَدَقَتَهُ المفروضَةُ والتَّطَوُّعَ والكَفَّارَةَ إِلىٰ أَقارِبِهِ الَّذِينَ لاَ يَلْزَمُهُ نَفَقتُهم، إذا كانُوا مُسْتَحِقِّينَ، وأَقْرَبُهُمْ لَهُ أَوْلاَهُمْ بِصَدَقَتِهِ؛ فَيَبْدَأُ بِذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ؛ كالإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ وأَوْلاَدِهِمْ، والأَعْمَامِ والعَمَّاتِ والأَخوالِ والخَالاَتِ، ثُمَّ بِذِي الرَّحْمِ غَيْرِ المَحْرَمِ؛ مِثْل: أَوْلادِ الأَعْمَامِ والعَمَّاتِ، وأَوْلادِ الأَخْوَالِ والخالاَتِ، ثُمَّ بالمَحْرَمِ بِالرَّضَاعِ، ثُمَّ بالمَحْرَمِ بِالمُصَاهَرَةِ، ثُمَّ بِالوَلاَءِ، ثُمَّ بِالجِوَارِ، فَمَنْ كانَ أَقْرَبُ دَارًا مِنَ الجِيرَانِ إليه ـ: فَهُوَ أَوْلَىٰ.

رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ قَالَتْ: يا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ لِي جَارَيْنِ، فَإِلَىٰ أَيِّهُمَا أُهْدِي؟ قَالَ: «إِلَىٰ أَقْرَبِهِمَا مِنْكِ بَابًا»[٣].

فإنْ كان معه في البَلَدِ أقارب وبعداءُ مستَحِقُّونَ ـ: فالأقارِبُ أولَىٰ بصدقتِهِ، وإن كان البعداء في جوارِهِ، والأقاربُ أبْعَدَ: وإن كان البعداءُ معه في البلد، والأقاربُ خارجَ البلدة إنْ قلنا ـ: نَقْلُ الصدقاتِ لا يجوز ـ: فالبعداء أولَىٰ، وإنْ قلنا: يجوزُ ـ: فالأقابُ الخارجُونَ أولى.

وكذلك: أهْلُ البادية؛ إذا جعَلْنَا ما دون مسافة القَصْرِ كالبلد لَهُمْ فإنْ كان الأقارب كالبعداءُ دُونَ مسافةِ القَصْرِ، فالأقارب أولَىٰ، وإنْ كانوا أَبْعَدَ دارًا، وكذلكَ: إنْ كانا جميعًا ممن فَوْقَ مسافةِ القصر.

أما إذا كان البعداء دون مسافَةِ القَصْرِ، والأقارِبُ فوقها ـ: فإن جوَّزنا نقل الصدقة ـ: فالأقاربُ أولَىٰ، وإلاَّ فالبعداء أولَىٰ.

ولا يَجُوزُ دَفْعُ الزكاةِ المفروضةِ وَصَدَقَة الفِطْرِ والكَفَّارة إلىٰ أَهْلِ الذمَّة؛ لأنَّها لتطهيرِ المسلمِ، والكافرُ نَجِسٌ، لا يحصُلُ التطهيرُ بالصَّرْفِ إليه.

وَجوَّزَ أبو حنيفة صَرْفَ صدقة الفطر والكَفَّارة إليهم، ولم يُجَوِّزْ زكاة المال.

---

(١) سقط في د.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري (٤/٥١٢): كتاب الشفعة، باب أي الجوار أقرب، حديث (٢٢٥٩) وأبو داود (٤/٣٣٩): كتاب الأدب، باب في حق الجوار، حديث (٥١٥٥) والبيهقي (٦/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦، ٧/ ٢٨) من حديث عائشة.

ولا يَجُوزُ صَرْفُ سهمِ الفقراءِ والمساكينِ من زكاة المال وصدقة الْفِطْرِ إلى مَنْ تلزمُهُ نفقتُهُ مِنَ الوالدين والمولودين، وكَذَلِكَ: الكفارةُ؛ لأنهم أغنياءُ بوُجُوبِ نفقتهمْ عليه.

ويجوزُ أن يصرف إلَيْهِم سَهْم الغارمين وسهم ٱبْنِ السبيلِ؛ لأنَّه لا يجبُ عليهم أداءُ دَيْنِهِمْ، ولا حَمْلُهُمْ إلى بلد آخر.

وكذلك: إذا كان واحدٌ من أقاربِهِ مُكَاتِبًا ـ: يجوزُ صَرْفُ سهم ٱلْمُكَاتِبِينَ إليه.

وكذلك: إذا لم يَكُنِ القريبُ زَمِنًا، ولكنَّه فقيرٌ، وقلنا: لا تجبُ نفقةُ القريب، إلاَّ أن يكونَ زَمِنًا ـ: يجوزُ أن يُصْرَفَ إليهم سَهْمُ الفقراء والمساكين والكفَّارَةُ.

ولو صَرفَت المرأَةُ إِلَىٰ زوجها الزَّكاة ـ: يجوزُ، ولو صرف الزَّوْج إليها سَهْم الفقراءِ والمساكينِ ـ: لا يجوزُ؛ لوجُوبِ نفقتِهَا عَلَيْهِ، فإنْ كانَتْ ناشزةً ـ: يجوز؛ لأنَّه لا نفقَةَ لها عليه.

وفيه وجْهٌ آخَرُ: أنه يَجُوزُ للزَّوْجِ أن يدفع إِلَىٰ زوجتِهِ سَهْم الفقراءِ والمساكينِ؛ لأنَّ ٱستحقاقها النفقةَ عَلَيْهِ بطريق المعاوَضَة؛ كما لو ٱسْتَأْجَرَ أجيرًا فقيرًا ـ: جاز له صَرْفُ الزكاة إِلَيْهِ مع ٱستحقاقِ الأجرة.

ولا يجوزُ أَنْ يدفع الصدقَةَ إِلَىٰ صبيٍّ، ولا إِلَىٰ مجنونٍ؛ لأنَّ قبضهما لا يصحُّ، فإن دفع عنهما إِلَىٰ قيمتهما ـ: يجوز.

ولو دفع إِلَى عَبْدٍ مِنْ جهةِ سَيِّده، وَسَيِّدُهُ مستحق ـ: جاز، والله أعلم.

بَابُ وَسْمِ[1] الدَّوابِّ

رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ قَالَ: «عَدَوْتُ إِلَىٰ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ بِعَبْدِ الله بْنِ أَبِي طَلْحَةَ فَوَافَيْتُهُ فِي يَدِهِ الْمَيْسِمُ يَسِمُ إِبِلَ الصَّدَقَةِ»[2].

وَسْمُ الدوابِّ مُبَاحٌ في الجملة، وهو في نَعَمِ الجزيَةِ والصَّدَقَةِ مَسْنُونٌ.

وعند أبي حنيفة ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ غَيْرُ جائزٍ، والحديثُ حُجَّةٌ لِمَنْ أجازه.

وفائدةُ الوَسْمِ: أن يتميَّز أحدُ المالَيْنِ عَنِ الآخَرِ؛ لأنَّ مُسْتَحِقَّهُمَا مُخْتَلِف، ويتميَّز مالُ الصدقةِ والجزيةِ عَنْ غيرهما، وأَنْ يعرفها مَنْ تَصدَّقَ بها؛ فلا يشتريها، فَلَمْ يَكُنْ للرجُل أن يتصدَّق بشَيْءٍ، ثم يَشْتَرِيه.

---

(١) وسم: الوسْمُ والسِّمة: ما وسم به الحيوان من ضروب الصور، وهو أيضاً العلامة.
ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ١٠٤٤).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٤٢٩): كتاب الزكاة، باب وسم الإمام إبل الصدقة بيده، حديث (١٥٠٢).

وَيَسِمُ الإِبِلَ والبَقَرَ عَلَىٰ أفخاذِهَا، وَيَسِمُ الغَنَمَ في أصولِ آذَانِهَا؛ لأنَّ الغنم لها أَوْبَارٌ وأَشْعَارٌ على الأفخاذِ؛ فلا يَظْهَرُ عليها أَثَرُ الوَسْمِ، ولا يجوزُ أن يَسِمَ علَى الوَجْهِ؛ لما رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ قَالَ: «نَهَىٰ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ عَنِ الضَّرْبِ في الوَجْهِ، وَعَنِ الوَسْمِ في الوَجْهِ».

ومَيْسَمُ الغَنَمِ أَلْطَفُ مِنْ ميسمِ الإِبِلِ، ويكتب على ميسِمِ الزَّكَاةِ «زكاة»، وعلى ميسمِ الجزيَةِ: «جِزْيَةٌ أو صَغَار»، ولا يَجُوزُ إخصاءُ دابَّةٍ لا يؤكَلُ لَحْمُهَا، ويَجُوزُ إخصاء المأكول في الصِّغَرِ؛ لأن فيه غَرَضًا؛ فإنَّ لحم الخَصِيِّ أطيَبُ، ولا يَجُوزُ بعد الكِبَرِ، ويقالُ: إخصاءُ الفَرَسِ يزيدُهُ قُوَّةً، وإخصاءُ الحمارِ يَنْقُصُ قُوَّتَهُ؛ وَالله أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

تَمَّ الْجُزْءُ الثَّانِي، يَتْلُوهُ إِنْ شَاءَ الله تَعَالَىٰ فِي الثَّالِثِ «النِّكَاحُ».

وَالْحَمْدُ لله رَبِّ الْعَالَمِينَ.

كِتَابُ النِّكَاحِ[1]

بَابُ مَا جَاءَ فِي أَمْرِ النَّبِيِّ - ﷺ - وَأَزْوَاجِهِ فِي النِّكَاحِ

قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨].

اعلم أن الله - تعالى - لما خَصَّ رَسُولَهُ بالوَحْيِ، خصه بأشياء، بَايَنَ بَيْنَهُ وبين خَلْقِهِ؛ تَبْيِينًا لفضيلته؛ وإظهارًا لكَرَامَتِهِ، وَرَفْعًا لدرجته.

---

(١) قدم العبادات لأنها أهم، ثم المعاملات لأن الاحتياج إليها أهم ثم ذكروا الفرائض لأنها نصف العلم كما في الحديث ثم النكاح لأنه يكون بعد استيفاء شهوة البدن ثم الجنايات لأنها تقع بعد استيفاء شهوتي البطن والفرج والنكاح من الشرائع القديمة من لدن آدم عليه السلام وله أثر في الجنة. أسكننا الله إياك وإياه وهو لغة الضم والجمع يقال تنكاحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض. وقال ابن فارس يطلق على الوطء وعلى العقد دون الوطء وقال الزجاج يوضع نكح في كلامه للزوم الشيء راكباً عليه ويطلق على الوطء لما فيه من معنى الضم وعلى العقد لأن سببه شرعاً عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ النكاح أو تزويج أو ترجمته (المصباح المنير ٢/ ٦٢٤) - (قليوبي وعميرة ٣/ ٢٠٦).

والنكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه نكحت البر في الأرض، إذا حرثها ونبت فيها، ونكح المَطَرُ الأرض إذا خلط ثَرَاها، ونكحت الحَصَى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسيّاً، كما ذكر، ومعنويّاً كنكح النّعاس العين.

ويطلق في اللغة على الوطء حقيقة، وعلى العقد مجازاً. قال المطرزي والأزهري هو الوَطْءُ حقيقة، ومنه قول الفرزدق [البسيط]:

إِذَا سَقَى الله قَوْماً صَوْبَ غَادِيَةً ... فَلاَ سَقَى الله أَرْضَ الكُوفَةِ المَطَرَا

ٱلتَّارِكِينَ عَلَى طُهْرٍ نِسَاءِهُمُو ... وَٱلنَّاكِحِينَ بِشَطَّيْ دِجْلَةَ البَقَرَا

وهو مجاز في العقد، لأنَّ العقد فيه ضم، والنكاح هو الضم حقيقة.

=

. . . .

= قال الشاعر [الطويل]:

ضَمَمْتُ إِلَىٰ صَدْرِي مُعَطَّرَ صَدْرِهَا كَمَا نَكَحَتْ أُمُّ الغُلَامِ حَبِيبَهَا

أي: كما ضمت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إن حقيقة في العقد، مجاز في الوطء

وقيل: هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزويجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء، لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء، هل النكاح حقيقة في الوطء، والعقد أو هو حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر.

فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد، فيكون حقيقة فيهما.

ودليلهم على هذا أنه شاع الاستعمال في الوَطْء تارة، وفي العقد تارة أخرى بدون قرينة، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه، إمَّا بالوضع الأصلي، أو بعرف الاستعمال، فالقول بالمجازية فيهما، أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة: الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النِّساء﴾.

وذهب الشافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النِّكاح حقيقة في العَقْدِ، مجاز في الوطء.

وذهب الحنفية إلى العكس.

والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر أَوْلَى من الذَّهاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول، من أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز، فالمجاز أَوْلَى، لأنه أبلغ وأغلب.

والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرينة عند من لا يجيز حَمْلَهُ على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، مجازاً في الآخر أَوْلَى.

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذلك أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزار العقد في الكتاب والسُّنَّة، حتى قيل: إنه لم يرد في القرآن إلاَّ للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فلا تحلُّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسُّنَّة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بتّ طلاقها، وتزوَّجها عبد الرحمن بن الزبير، فقال لها رسول الله ﷺ: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عُسَيْلَتَه ويذوق عُسَيْلَتَك» فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حتَّى تنكح﴾ حتى تتزوَّج، ويعقد عليها، وقد بيَّنت السُّنَّة أنه لا بد مع العَقْد من ذوق العُسَيْلَة.

وثانياً: أنه يصح نفي النكاح عن الوطء، فيقال: هذا الوطء ليس نكاحاً، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء، كما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوءة الأب من الزنا، فلما كان النكاح =

وجملة خَصَائِصِ[٢] رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ على أربعة أقسام: منها: ما أَوْجَبَهُ الله عليه، وَخَفَّفَهُ على غيره.

= عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا بحُرْمَةِ موطوءة الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوءة الأب من الزنا.

وعرفه الشافعية بقولهم: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما، فقولهم: «عقد» جنس في التعريف، وقولهم: «يتضمَّن إباحة وطء» خرج به ما لا يتضمَّن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: «بلفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك.

وعرَّفه العلاَّمة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

فالعقد مصدر عقد، أي تمسك وتوثق، والمراد هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام وَلِيّ الزوجة، على وجه يسمَّى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه.

وقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

وقوله «لحل تمتع» الخ... علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومن شراء الأمة للتلذُّذ بها،إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه،بل الانتفاع العام وملك الرقبة.

وخرج بقوله «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر، والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، ولا يقال: إن هذا التعريف غير مانع، لأنه يدخل فيه المُلاعَنة والمَبْتُوتة والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة، لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة، وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارىء بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية، فإن مانعهن ذاتي لا عرضي.

وقوله «بصيغة» متعلق بعقد، وهو من تمام التعريف، لأن الصيغة أحد أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله: عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً فقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود.

وقوله: «وضع لتملك المتعة بالأنثى» يخرج به العقد على المنافع، كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة، والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين.

وقوله: «قصداً» يحترز به عن عقد تملك به المتعة ضمناً كما في البيع والهبة لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه.

عرفه الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قَصْداً.

عرفه الحنابلة بأنه: عَقْدُ التزويج، فهو حقيقة في العقد، مجاز في الوَطْء على الصحيح.

ينظر: الصحاح (١/ ٤١٣)، لسان العرب (٢/ ٦٢٥)، المصباح المنير (٢/ ٩٦٥)، القاموس المحيط (١/ ٢٦٣)، معجم مقاييس اللغة (٥/ ٤٧٥)، المطلع (٣١٨).

وينظر: تبيين الحقائق (٢/ ٩٤)، بدائع الصنائع (٣/ ١٣٢٤)، مغني المحتاج (٣/ ١٢٣)، منح الجليل (٢/ ٣)، الفواكه الدواني (٢/ ٢١) الكافي (٢/ ٥١٩)، الإنصاف (٨/ ٤)، المغني (٧/ ٣).

(١) جرت عادة أصحاب الشافعي رضي الله عنه في تخصيص هذا الكتاب بذكر الخصائص الشريفة أوّله لأنها في النكاح أكثر منها في غيره.

ومنها: ما حَرَّمَهُ عليه، وأَبَاحَهُ لِغَيْرِهِ. ومنها ما أَبَاحَهُ له، وحَرَّمَ عَلَىٰ غيره.

ومنها: ما أَكْرَمَهُ به دُونَ غيره.

أما ما أوجبه عليه: فمنها: صَلَاةُ اللَّيْلِ[١]، والوِتْرُ[٢]، والسِّوَاكُ[٣]. قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ﴾ [الإسراء: ٧٩]. أي زيادة لك في[٤] الفرائض.

وروي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «ثَلَاثٌ عَلَيَّ فَرِيضَةٌ، وَهِيَ لَكُمْ سُنَّةٌ: الوِتْرُ، وَالسِّوَاكُ، وَقِيَامُ اللَّيْلِ»[٥] وقيل: قيام الليل صار وجوبه منسوخًا في حقه؛ كما في حق الأمة.

وقيل: الأُضْحِيَةُ كانت واجبة عليه دون غيره[٦].

---

(١) استدل الرافعي للوجوب بقوله تعالى: ﴿ومن الليل فتهجد به نافلة لك﴾ أي زيادة على الفرائض وبما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «ثلاث هنَّ عليَّ فريضة ولكم سنّة الوتر والسواك وقيام الليل» قال شيخنا الحافظ ابن حجر أما احتجاجه بالآية الكريمة فسبقه إليه البيهقي ووجهه أن النافلة لغة الزيادة وظاهر الأمر بالتهجد الوجوب قال إمام الحرمين فإن قيل النافلة هي السنة قلنا بل النافلة هنا هي الزيادة وقد قيل ما يزيده العبد من تطوعاته بحرية نقصان مفروضاته وصلاته ﷺ معصومة عن تطرق الخلل إليها فكان تهجده زائداً على مفروضاته وذكر البغوي في تفسيره نحوه لكي يتعقب ذلك بأن مقتضاه أن الرواتب التي واظب عليها ﷺ كانت واجبة في حقه ولا قائل به وفي هذا التعقب نظر لأن الأمر ورد بالتهجد ولم يرد في الرواتب أمر وأما قول الإمام إنها الزيادة أي زيادة فرض على الفرض فلا يرد عليها النفل.

قال شيخنا الحافظ المشار إليه وأما الحديث المذكور فإنه ضعيف جداً.

(٢) أي عن الصحيح كما ذكر خلاف آخر قال الشيخ البلقيني ليس الوتر واجباً عليه ﷺ خلافاً لما صححوه فقد صح أنه كان ﷺ يوتر على بعيره وبه احتج الشافعي على عدم وجوب الوتر على الأمة فيكون مذهب للشافعي أنه ليس بواجب عليه ﷺ مطلقاً ولا دليل لمن قال كان واجباً عليه ﷺ في الحضر دون السفر ـ انتهى وإذا قلنا بالوجوب فهل الواجب عليه ﷺ أقل الوتر أم أكمله أم أدناه لم يصرحوا به قال في الخادم والظاهر أن مرادهم الجنس.

(٣) قال في الخادم هل المراد وجوبه في حقه ﷺ في الصلاة أو ما هو أعم من ذلك لم يتعرضوا له نعم في سنن أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالسواك لكل صلاة وسياق الحديث يخصه بالمفروضة.

(٤) في أ: على.

(٥) أخرجه البيهقي (٧/ ٩٣) والطبراني في «الأوسط» (٤/ ١٦٥) رقم (٣٢٩٠) كلاهما من طريق موسى بن عبد الرحمٰن الصنعاني عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.

وقال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن هشام إلا موسى.

وقال البيهقي: موسى ضعيف جداً.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٨/ ٢٦٤): وفيه موسى بن عبد الرحمن الصنعاني وهو كذاب.

(٦) قال الشيخ البلقيني لم تكن الضحى واجبة عليه خلافاً لما حزموا به ففي صحيح مسلم عن عبد الله بن =

ومنها: أنه كان يَجِبُ عليه تَغْيِيرُ مُنْكَرٍ[(١)] رآه، ولاَ تَسَعُهُ التَّقِيَّةُ، كما تَسَعُ غيره؛ لأن الله - تعالى - ضَمِنَ له العِصْمَةَ، فقال: ﴿بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ﴾ [المائدة: ٦٧].

ومنها: أنه كان يجب عليه مُصَابَرَةُ العَدو، وإن كان كَبِيرًا عَدَدُهُمْ، ولا يجب في حَقِّ غيره، إذا كان في مُقَابَلَةِ كل مسلم أَكْثَرُ من مشركين، وكان يَلْزَمُهُ بِلُبْسِ اللَّأْمَةِ ما يلزم غيره، قال النبي - ﷺ - في حَرْبِ أُحُدٍ: «لاَ يَنْبَغِي لِنَبِيٍّ إِذَا لَبِسَ لأْمَتَهُ أَنْ يَضَعَهَا حَتَّىٰ يُقَاتِلَ»[(٢)].

وقيل على هذا المعنى: كان لا يَبْتَدِئُ تَطَوُّعًا، إلاَّ لزمه إتمامه.

ومنها: أنه كان يَجِبُ عليه قَضَاءُ دَيْنِ مَنْ مات من المسلمين، وَلاَ وَفَاءَ له.

رُوِيَ عن أبي هريرة؛ أن النبي - ﷺ - قال: «إنا أَوْلَىٰ بِالمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً؛ فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ»[(٣)].

ولا يجب على أحد من الأئمة قَضَاءُ دَيْنِ الغَيْرِ من مال نفسه، وهل يَجِبُ من مَالِ بَيْتِ المال؟ فيه وجهان.

ومنها في النِّكَاحِ :أوجب الله عليه تَخْيِيرَ نِسَائِهِ بين المَقَامِ معه، وبين مُفَارَقَتِهِ، واختيار الدنيا؛ فقال جل ذِكْره: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨].

وأما ما حَرَّمَهُ عليه، وأباحه لغيره: فمنها: الصَّدَقَةُ المَفْرُوضَةُ، كانت محرمة عليه؛ قال النَّبيُّ - ﷺ -: «إِنَّ هَذِهِ الصَّدَقَاتِ إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ، وَإِنَّهَا لاَ تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ، وَلاَ

= شقيق قال قلت لعائشة رضي الله عنها: أكان النبي ﷺ يصلي الضحى قالت لا إلا أن يجيء من مغيبه وذكر أحاديث كثيرة في ذلك واستدل الرافعي للوجوب بحديث كُتِبَ عليّ ركعتا الضحى وهما لكم سنة قال شيخنا الحافظ ابن حجر رواه أحمد وأبو يعلى من حديث اسرائيل عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ أمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها وأمرت بالأضحى ولم يكتب عليكم وإسناده ضعيف من أجل جابر الجعفي ثم رواه من طرق كثيرة وضعفها وقال فتلخص ضعف الحديث من جميع طرقه إلى آخر ما ذكره قال في الخادم إذا قلنا بالوجوب فهل كان من الواجب عليه أقل الضحى أو أكثرها أو أدنى كمالها لم يتعرضوا له نعم في رواية أحمد في مسنده وأمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها. انتهى وقد تقدم أن شيخنا ابن حجر ضعف قوله ومن الأضحية استدل الرافعي لوجوبها عليه ﷺ بما روي أنه ﷺ قال: «ثلاث كتبت عليّ ولم تكتب عليكم السواك والوتر والأضحية».

(١) قال النووي قد يقال هذا ليس من الخصائص بل كل مكلف تمكن من إزالته لزمه تغييره ويجاب عليه بأن المراد أنه لا يسقط عنه الخوف، فإنه معصوم بخلاف غيره.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

لِآلِ مُحَمَّدٍ»[1] وهل كان يحرم عليه صدقة التطوع؟ فيه قولان.

ومنها: أنه يَحْرُمُ عليه الخَطُّ والشِّعْرُ؛ قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَخُطُّهُ بِيَمِينِكَ إِذًا لاَرْتَابَ الْمُبْطِلُونَ﴾ [العنكبوت: ٤٨] وقال جل ذِكْره: ﴿وَمَا عَلَّمْنَاهُ الشِّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ﴾ [يس: ٦٩].

وقيل: كان يُحْسِنُ الخَطَّ، ولا يكتب، ويُحْسِنُ الشعر، ولا يقوله.

والأصح: أنه كان لا يُحْسِنهما، ولكن كان يميز بين جَيِّدِ الشِّعْرِ ورديئه؛ وقال للنابغة الجَعْدِيِّ حين أنشد قصيدته: «لاَ فَضَّ الله فَاكَ».

ومنها: أنه كان يَحْرُمُ عليه خَائِنَةُ الأَعْيُنِ؛ روي أَنَّ عُثْمَانَ ـ رضي الله عنه ـ جاء بِعَبْدِ الله بن سَعْدِ بن أبي سَرْحٍ إلى رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ عام الفَتْحِ؛ فقال: يا رسولِ الله بَايِعْ عَبْدَ الله، فرفع رأسه فنَظَرَ إليه ثلاثًا؛ كل ذلك يَأْبَى؛ فَبَايَعَهُ بعد ثلاثة؛ ثم أَقْبَلَ عَلَى أَصْحَابِهِ فقال: «مَا فِيكُمْ رَجُلٌ رَشِيدٌ يَقُومُ إِلَىٰ هَذَا حِينَ رَآنِي كَفَفْتُ يَدِي عَنْ بَيْعَتِهِ فَيَقْتُلَهُ؟» فقالوا: يَا رَسُولَ الله، هَلاَّ أَوْمَأْتَ إلينا بعينيك. قال: «إِنَّهُ لاَ يَنْبَغِي لِنَبِيٍّ خَائِنَةُ الأَعْيُنِ»[2].

والمراد من خائنة الأعين: أن يُشِيرَ إلى مُبَاحٍ من ضَرْبٍ أو قَتْلٍ مما لا يحلُّ أَن ينطق به [و] يُسمى خائنة الأعين؛ لأنه يشبه بالخِيَانَةِ مِنْ حَيْثُ إنه يُخْفِيهِ ولا يظهره؟ ولا يحرم ذلك على غَيْرِهِ إلاَّ في مَحْظُورٍ. ثم أبيح له إذا أراد سَفَرًا أَنْ يُوَرِّيَ بغيره، بِخِلاَفِ هذا.

قال صاحب «التَّلْخِيصِ»: وفي تحريم خائنة الأَعْيُنِ كالدليل على أنه لم يكن في الحَرْبِ خدعة، وليس كذلك، بل كان له ذلك؛ كما لكافة النَّاسِ، وَكَالتَّوْرِيَةِ بغيره في الغزو.

ومنها: أنه كان يَحْرُمُ عليه إذا لَبِسَ لأْمَتَهُ أن يَنْزِعَهَا؛ حتى يَلْقَى العَدُوَّ، وقال النبي ـ ﷺ ـ يوم أحد: «مَا يَنْبَغِي لِنَبِيٍّ إِذَا أَخَذَ لأْمَةَ الحَرْبِ أَنْ يَرْجِعَ[3] حَتَّىٰ يُقَاتِلَ»[4].

ومنها: أنه كان ـ عليه السلام ـ لا يأكل مُتَّكِئًا. قيل: كان حَرَامًا عليه أن يَأْكُلَ مُتَّكِئًا، ولم يكن حَرَامًا على غيره.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٥) كتاب الجهاد: باب قتل الأسير ولا يعرض عليه الإسلام ـ حديث (٢٦٨٣) والنسائي (٧/ ١٠٥) من حديث سعد بن أبي وقاص، وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٦٥٣) وزاد نسبته إلى ابن مردويه.

(٣) في أ: توضع.

(٤) تقدم.

وقيل: لم يكن مَخْصُوصًا به، بل[هو][1] مُسْتَحَبٌ لُكل أحد؛ ليكون أَقْرَبَ إلى التَّوَاضُعِ، وَأَبْعَدَ من التَّكَبُّرِ.

ومنها: أنه كان لا يَأْكُلُ الثوم، والبَصَلَ، والكُرَّاثَ. فقيل: كان حَرَامًا عليه دُونَ غَيْرِهِ. وقيل: لم يكن حَرَامًا، ولكن كان يمتنع من أَكْلِهِ تَنَزُّهًا حتى لا يتأذى به المَلَكُ.

رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ؛ أن النبي - ﷺ - أُتِيَ بِقِدْرٍ فيه خَضْرَاوَاتٌ من بُقُولٍ، فوجد لها ريحًا؛ فقال: «قَرِّبُوهَا» إلى بعض أصحابه. وقال: «كُلْ؛ فَإِنِّي أُنَاجِي مَنْ لاَ تُنَاجِي»[1].

ومنها في النكاح: حرم الله عليه التَّزْوِيجَ على نِسَائِهِ، والتَّبَدُّلَ بهن حين اخْتَرْنَهُ. قال الله تعالى: ﴿لاَ يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلاَ أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾ [الأحزاب: ٥٢] وكان السبب في ذلك أنه جَرَتْ وَحْشَةٌ بين رَسُولِ الله - ﷺ - وبين أَزْوَاجِهِ، فَآلَى أَلاَّ يَدْخُلَ عليهن شَهْرًا؛ فأقامه في مشربة له، ثم أنزل الله - تعالى - آية التخيير؛ قالت عائشة - رضي الله عنها -: فَبَدَأَ بِي رَسُولُ الله - ﷺ - فقال: إِنِّي ذَاكِرٌ لَكَ أَمْرًا، فَلاَ عَلَيْكَ أَنْ تَسْتَعْجِلِي حَتَّىٰ تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ؛ وَقَدْ عَلِمَ أن أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه، ثم قال: «إِنَّ الله - تَعَالَى - قَالَ: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ. . .﴾ [الأحزاب: ٢٨] إلى تمام الآيتين. قلت: أوفى هذا استأمر أبوي، فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك ألا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت. قال: «لاَ تَسْأَلُنِي امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ إِلاَّ أَخْبَرْتُهَا أَنَّ الله - تَعَالَى - لَمْ يَبْعَثْنِي مُعَنِّتًا وَلاَ مُتَعَنِّتًا، وَلَكِنْ بَعَثَنِي مُعَلِّمًا مُيَسِّرًا». ثم خير نساءه كلهن، فقلن مثل ما قالت عائشة؛ فلما اخْتَرْنَ الله ورسوله والدار الآخرة، كَافَأَهُنَّ الله - تعالى - وحرم على رَسُولِ الله التزويج عليهن، فقال: ﴿لاَ يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلاَ أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾ [الأحزاب: ٥٢] ثم أراد الله - تعالى - أن تكون المنة لرسول الله - ﷺ - عليهن، فأباح له النساء؛ لتكون المنة له بترك التَّزْوِيجِ عليهن[2]. قالت عائشة - رضي الله عنها -: ما مات رسول الله - ﷺ - حتى أحل له النساء؛ تعني: اللاتي حُظِرْنَ عليه. وقال أنس: مَاتَ على التَّحْرِيمِ.

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه البخاري (٢/ ٣٩٥): كتاب الأذان: باب ما جاء في الثوم النيء والبصل والكراث حديث (٨٥٥) ومسلم (٢/ ٤٦٨ - الأبي) كتاب المساجد: باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً أو نحوها - حديث (٧٣/ ٥٦٤) وأبو داود (٢/ ٣٨٨): كتاب الأطعمة: باب في أكل الثوم، حديث (٣٨٢٢) من حديث جابر.

(٣) أخرجه البخاري (٩/ ٣٦٧): كتاب الطلاق: باب من خير أزواجه، حديث (٥٢٦٢، ٥٢٦٣) ومسلم (٢/ ١١٠٤) كتاب الطلاق: باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً (٢٧/ ١٤٧٧) وأبو داود (٢/ ٦٥٣ - ٦٥٤) كتاب الطلاق: باب في الخيار، حديث (٢٢٠٣) والترمذي (٢/ ٣٢٤) كتاب الطلاق واللعان: باب ما جاء في الخيار، حديث (١١٨٩) والنسائي (٦/ ١٦١) كتاب الطلاق: باب في المخيرة تختار =

واخْتَلَفُوا في أنه؛ هل كان لِلرَّسُولِ - ﷺ - مُفَارَقَتَهُنَّ بعد ما اخترنه والدار الآخرة.

منهم من قال: يجوز؛ كما أن وَاحدًا مِنَّا لو أراد تَطْلِيقَ زوجته، كان له ذلك.

ومنهم: من قال: كان لا يَجُوزُ؛ كما لو اخْتَارَتِ الدنيا، ورَغِبَتْ عنه، لم يكن يحل له إِمْسَاكُهَا، وهذا كان من خَصَائِصِهِ أَيْضًا؛ فإن واحدًا مِنَّا لو خير زوجته لم يَنْوِ الطلاق، ورغبت عنه - لا يجب عليه تطليقها، وكان يجب عليه ذلك؛ لأن الله - تعالى - وَعَدَهُنَّ أنه يطلقهن لَو اخترن الدنيا؛ ولأن كُلَّ من رَغِبَتْ عنه، وجب عليه تَرْكُهَا؛ لما رُوِيَ أنه تزوج امْرَأَةً، فقالت: أعوذ بالله منك، فقال: «لَقَدْ عُذْتِ بِعَظِيمٍ، الْحَقِي بِأَهْلِكِ»(١).

ولو تصور اختيار واحدة منهن الدنيا، هل كان يقع الفِرَاقُ بِنَفْسِ الاختيار؟ فيه وجهان: أحدهما: بلى؛ كواحد منا لو خيرت زوجته؛ فاختارت نفسها، طلقت.

والثاني - وهو الأصح -: لا حتى يُسَرِّحَهَا النبي - ﷺ - لأن الله - تعالى - قال بعد التخيير: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨] أمر بالتسريح بعد الاختيار؛ لأنه تخيير بين الدنيا والآخرة، ولو خَيَّرَ واحد منا زَوْجَتَهُ بين الدنيا والآخرة، فاختارت الدنيا - لم يَقَعِ الفِرَاقُ.

وهل كان جَوَابُهُنَّ على الفَوْرِ؟ فيه وجهان:

إن قلنا: كان يقع الفِرَاقُ بنفس الاختيار - كان جوابهن على الفَوْرِ -؛ كواحدٍ منا؛ لو خير زوجته، كان جوابها على الفور(٢).

وإن قلنا: كان لا يقع الفِرَاقُ بنفس الاختيار - وهو الأصح - كان جَوَابُهُنَّ على التراخي؛ لأن النبي - ﷺ - قال لعائشة: «وَلاَ عَلَيْكِ أَنْ تَسْتَعْجِلِي؛ حَتَّىٰ تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ»(٣) فجوز لها تأخير الجواب [إلى إمرة الأبوين](٤).

= زوجها، وابن ماجه (١/ ٦٦١) كتاب الطلاق: باب الرجل يخير امرأته، حديث (٢٠٥٢) والدارمي (٢/ ١٦٢) كتاب الطلاق: باب في الخيار، وأحمد (٦/ ٢٣٩) والطيالسي (١/ ٣١٤ - منحة) رقم (١٦١١) والحميدي (١/ ١١٥) رقم (٢٣٤) وابن الجارود (٧٤٠) وأبو يعلى (٧/ ٣٣٧) رقم (٤٣٧٢) وابن حبان (٤٢٥٣ - الإحسان) والبيهقي (٧/ ٣٤٥) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ١٥٩ - بتحقيقنا) من طريق مسروق عن عائشة به.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٢٦٨ - ٢٦٩) كتاب الطلاق: باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، حديث (٥٢٥٥) من حديث ابن أسيد.

(٢) سقط في أ.

(٣) تقدم.

(٤) سقط في أ.

فأما ما أُبِيحَ له دون غيره: فمنها: الصفي من الغَنِيمَةُ؛ وهو أن يَخْتَارَ من رأس الغَنِيمَةِ مَا شَاءَ، ومن جملة صَفَايَاهُ: صَفِيَّةُ بنت حُيَيِّ بْنِ أَخْطَبَ؛ اصطفاها من رأس الغنيمة، وأعتقها، وتزوجها[١].

ومنها: خُمُسُ خُمُسِ الغَنِيمَةِ والفَيْءِ كان مباحًا له؛ قال الله ـ تعالى ـ[٢]: ﴿فَإِنَّ للهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١] وكان أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ الفيءِ لَهُ في حياته.

وأبيح له الحِمَى لنفسه؛ قال النبي ـ ﷺ ـ: «لاَ حِمَى إِلاَّ للهِ وَلِرَسُولِهِ»[٣]. ولم يكن لأحد من الأئمة بعده أن يَحْمِيَ لنفسه؛ وهل له أن يحمي لمصالح المسلمين؟ فيه قولان.

ومنها: الوِصَالُ في الصَّوْمِ كان مُبَاحًا له؛ وهو أن يَصُومَ أيامًا من غَيْرِ أن يَطْعَمَ بالليل شيئًا؛ روي أنه ـ ﷺ ـ نَهَى عن الوِصَالِ، فقيل له: إنك تواصل. فقال: «إِنِّي لَسْتُ كَهَيْئَتِكُمْ؛ إِنِّي أَبِيتُ يُطْعِمُنِي رَبِّي، وَيَسْقِينِي»[٤].

ومنها: أنه أُبِيحَ له أَخْذُ الماء من العَطْشَانِ، والطعام من الغَرْثَانِ، وكان على الرجل إذا علم به حَاجَتَهُ أن يَحْمِلَهُ إليه، ويُؤْثِرَهُ عى نَفْسِهِ، ويجب أن يَقِيَ [أَحَدُنَا][٥] رُوحَهُ عليه السلام بِرُوحِ نفسه؛ لقول الله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٦] ولأن في بَقَائِهِ بَقَاءَ العالم.

ومنها: إِبَاحَةُ قَتْلِ من سَبَّهُ وَهَجَاهُ؛ رجلاً كان أو امرأة؛ لأن سَبَّهُ كفر، وكذلك بُغْضُهُ، وسب غيره لا يوجب قتلاً ولا كفرًا. ورُوِيَ عن أبي بُرْزَةَ أن رَجُلاً سَبَّ أبا بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ فقلت: ألا أَضْرِبُ عُنُقَهُ يا خليفة رسول الله؟ فقال: لا لَيْسَتْ هذه لأَحَدٍ بعد رسول الله ﷺ.

ومنها: أنه أُبِيحَ له الحُكْمُ لنفسه؛ وَقُبُولُ شهادة من شَهِدَ له بقوله؛ فإن خُزَيْمَةَ بْنَ ثَابِتٍ شهد لرسول الله ـ ﷺ ـ بقوله فَأَجَازَهُ، وجعل شَهَادَتَهُ بمنزلة شَهَادَةِ رجلين[٦]، وكما جَازَ له أن يَحْكُمَ لنفسه، جاز له أن يَحْكُمَ لولده. وعلى قياس هذا يجوز أن يشهد لنفسه ولولده.

ومنها: أنه كان يَجُوزُ له أن يَقْضِيَ بعلم نفسه، ولا يَجُوزُ لغيره من القُضَاةِ؛ على أَحَدِ القولين. وأبيح له في النِّكَاحِ أَشْيَاءُ منها: الزيادة على أَرْبَعِ نِسْوَةٍ؛ فإنه ـ عليه السلام ـ مَاتَ عَنْ تِسْعِ نِسْوَةٍ يَقْسِمُ لثمان منهن.

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في أ.
(٣) تقدم.
(٤) تقدم.
(٥) سقط في د.
(٦) تقدم.

وهل كان يجوز له أن يَزِيدَ على تِسْعِ نسوة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، والتسع في حقه كالأربع في حق الأمة.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: كان يجوز له ذلك.

وهل كان يَجِبُ عليه القَسْمُ بين نسَائِهِ؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لقوله تعالى: ﴿تُرْجِىْ مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَتُؤْوِي إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ﴾ [الأحزاب: ٥١].

والثاني ـ وهو الأصح ـ: أنَّه كان يَجِبُ عليه القَسْمُ؛ بدليل أنه كان يُطَافُ به عليهن في مَرَضِهِ ويقول: «اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ، وَأَنْتَ أَعْلَمُ بِمَا لاَ أَمْلِكُ» يعني: قلبه؛ ولولا وجوبه عليه، لكان لا يَتَكَلَّفُ ذلك في المَرَضِ، ولا يَسْتَعِيذُ من مَيْلِ القلب.

وفيه دليل: على أنه كان مُطالبًا في السِّرِّ بأكثر مِنَّا، فالله ـ تعالى ـ خفف عنا ـ لضعفنا وعجزنا.

ومنها: أنه كان يَحِلُّ النِّكَاحُ في حَقِّهِ بمعنى الهِبَةِ؛ حتى يَنْكَحَهَا بلا مَهْرٍ، ثم لا يَجِبُ ذلك لا بالعَقْدِ، ولا بالدُّخُولِ.

وهل كان يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الهِبَةِ؟ فيه وجهان:

أصحهما: بلى؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلْنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنكِحها خَالِصَةً لَكَ﴾ [الأحزاب:٥٠].

والثاني: كان لا يَنْعَقِدُ؛ كما في حَقِّ الأمة، والمُرَادُ من الآية: النكاح بمعنى الهِبَةِ؛ بدليل أنه قال تعالى: ﴿إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ دل على لفظ النكاح شرط.

فإن قلنا: كان يَنْعَقِدُ بلفظ الهبة، فهل كان يشترط لَفْظُ النكاح من جِهَتِهِ عليه السلام؟ فيه وجهان:

أحدهما لا؛ كما في جَانِبِ المرأة.

والثاني: يشترط؛ لظاهر الآية؛ فإن جوَّزنا، كان لا يَجِبُ المهر؛ لا بالعَقْدِ، ولا بالدخول؛ لأن ذلك قَضِيَّةُ الهِبَةِ.

وهل كان ينعقد نِكَاحُهُ بغير ولي، ولا شهود؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما في حق الأمة.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: كان يَنْعَقِدُ؛ لأن الوَلِيَّ شَرْطٌ؛ لطلب الكَفَاءَةِ؛ وهو كان أَكْفَأَ الأَكفَاءِ، وشرط الشهود؛ للخوف من الجُحُودِ، وكان لا يُخْشَىٰ ذلك منه.

وهل كان يَنْعَقِدُ نِكَاحُهُ في حال الإحرام؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى؛ لأنه رُوِيَ أنه نكح مَيْمُونَةَ مُحْرِمًا.

والثاني: كان لا ينعقد؛ كما في حَقِّ الأمة وأكثَرَ الرُّوَاةِ أنه نكَحَ مَيْمُونَةَ حَلالاً، وكالوَطْءِ لم يكن له حَلَالاً في حال الإحرام؛ كغيره.

وقيل: كان لا يَنْحَصِرُ عَدَدُ طلقاته بالثَّلاثِ؛ وليس بصحيح بل كان ينحصر بالثلاث؛ كما في حَقِّ الأمة.

وبعض أَصْحَابِنَا قالوا: كان النِّكَاحُ في حَقِّهِ بمنزلةِ التَّسرِّي في حق الأمة[1]، حتى يَصِحَّ بلا وَلِيٍّ، ولا شَاهِدٍ، وبلفظ الهِبَةِ، وفي حال الإِحْرَامِ، وأن يَزِيدَ على التسع، ولا يلزمه القَسَمُ، ولا يَنْحَصِرُ عدد الطلاق فيه.

ومنها: أنه كان أُبِيحَ له بِتَزْوِيجِ الله [له][2]؛ كما قال جَلَّ ذِكْرُهُ في حق زينب: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: ٣٧] وكان تزويجها في السماء، ولم يكن في الأرض[3].

وقيل: يحل بلا عِدَّةٍ.

ومنها: أَنَّه كان إذا رَغِبَ في نِكَاحِ ٱمْرَأَةٍ، يجب عليها الإِجَابَةَ، وَيَحْرُمُ على غيره خِطْبَتُهَا، وإذا رَغِبَ في ذات زَوْجٍ يحرم على زَوْجِهَا إِمْسَاكُهَا؛ وكان يجوز له تَزْوِيجُ الْمَرْأَةِ من نفسه من غير ٱسْتِئْمَارِهَا، وٱسْتِئْمَارِ وَلِيِّهَا، ويَتَوَلَّىٰ طَرَفَي الْعَقْدِ، وكان يجوزُ له تَزْوِيجُهَا مِمَّنْ شَاءَ من غَيْرِ إِذْنِهَا، وإِذْنِ وَلِيِّهَا؛ لقوله تعالىٰ: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٦] فَرَوِي أَنَّه ـ عليه السلام ـ «أَعْتَقَ صَفِيَّةَ وَتَزَوَّجَهَا، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا»[4].

واختلفوا في اختصاصه فيه: قيل: ٱخْتِصَاصُهُ من حيث إِنَّه أَعتقها على هذا الشَّرط، فلزمها ذلك، ولم يكن لها الإمْتِنَاعُ، وغيره لو أَعْتَقَ جَارِيَةً؛ على أن ينكحها؛ فقبلت ـ عتقت، ولا يجب عليها أن تُنْكِحُهُ، وعليها قِيْمَةُ رقبتها للمولى.

وقيل: اختصاصه من حيث إِنَّهُ كان يَجُوزُ له أن يَجْعَلَ نَفْسَ العِتْقِ صداقًا، ولا يجوز ذلك لغيره؛ وكان لا يَحِلُّ له نِكَاحُ الأَمَةِ المُسْلِمَةِ؛ لأَنَّ خَوْفَ العَنْتِ شَرْطٌ لجوازِ نِكَاحِهَا للحرّ، وهو ـ عليه السلام ـ كان آمِنًا منه، وكان يُبَاحُ له التَّسَرِّي بالأَمَةِ المُسْلِمَةِ؛ لأَنَّه ٱسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ مارية بِمِلْكِ اليمين.

وهل كان يباح له نِكَاحُ الحرَّةِ الكِتَابِيَّةِ، أَو التَّسَرِّي بالأَمَةِ الكِتَابِيَّةِ؟ فيه وجهان:

أَحدهما: بلى؛ كما كان مُبَاحًا لِلأُمَّةِ.

والثاني ـ وهو الأَصَحُّ ـ : كان لا يُبَاحُ له ذلك؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ قال: «زَوْجَاتِي فِي الدُّنْيَا

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وقيل: نكحها في الأرض.

(٤) تقدم.

زَوْجَاتِي فِي الآخِرَةِ». والكافِرَةُ لا تَدْخُلُ الجَنَّة، ولأَنَّ مَاءَهُ أَعَزُّ من أَن يَتَضَمَّنَهُ رَحِمُ كافِرةٍ، فأمَّا ما أكرمه الله تعالى به فذلك ممَّا لا يُحْصَىٰ كثرة.

فمنها: ما رُوِيَ عن جابر بن عبد الله: أنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قال: «أُعْطِيتُ خَمْسًا لَمْ يُعْطَهُنَّ أَحَدٌ قَبْلِي: نُصِرْتُ بِالرُّعْبِ مَسِيرَةَ شَهْرٍ، وَجُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ مَسْجِدًا وَطَهُورًا؛ فَأَيُّمَا رَجُلٍ مِنْ أُمَّتِي أَدْرَكَتْهُ الصَّلاَةُ فَلْيُصَلِّ، وَأُحِلَّتْ لِيَ الغَنَائِمُ وَلَمْ تَحِلَّ لأَحَدٍ قَبْلِي، وَأُعْطِيتُ الشَّفَاعَةَ؛ وَكَانَ النَّبِيُّ يُبْعَثُ إِلَىٰ قَوْمِهِ خَاصَّةً، وَبُعِثْتُ إِلَىٰ النَّاسِ عَامَّةً»(١).

وعن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنَّ رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «فُضِّلْتُ عَلَىٰ الأَنْبِيَاءِ بِسِتٍّ: أُعْطِيتُ جَوَامِعَ الكَلِمِ، وَنُصِرْتُ بِالرُّعْبِ، وَأُحِلَّتْ لِيَ الغَنَائِمُ، وَجُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ مَسْجِدًا وَطَهُورًا، وَأُرْسِلْتُ إِلَىٰ الخَلْقِ كَافَّةً، وَخُتِمَ بِيَ النَّبِيُّونَ». وَقَالَ: «بَيْنَا أَنَا نَائِمٌ أُتِيتَ بِمَفَاتِيحِ خَزَائِنِ الأَرْضِ، وَوُضِعَتْ فِي يَدَيَّ»(٢).

وعن ثَوْبَانَ قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «إِنَّ الله زَوَىٰ لِيَ الأَرْضَ، فَرَأَيْتُ مَشَارِقَهَا وَمَغَارِبَهَا، وَإِنَّ أُمَّتِي سَيَبْلُغُ مُلْكُهَا مَا زَوَىٰ لِيَ مِنْهَا، أُعْطِيتُ الكَنْزَيْنِ: الأَحْمَرَ وَالأَبْيَضَ»(٣).
وعن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قال: «أَنَا سَيِّدُ وَلَدِ آدَمَ يَوْمَ القِيَامَةِ، وَأَوَّلُ مَنْ يَنْشَقُّ عَنْهُ القَبْرُ، وَأَوَّلُ شَافِعٍ مُشَفَّعٍ»(٤)(٥).

وعن أَنَسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قال: «أَنَا أَكْثَرُ الأَنْبِيَاءِ تَبَعًا يَوْمَ القِيَامَةِ، وَأَنَا أَوَّلُ مَنْ يَقْرَعُ بَابَ الجَنَّةِ»(٦).

ومنها: أنَّه أُيِّدَتْ شريعته، ونُسِخَتِ الشَّرَائِعُ بشريعته، وجعل كتابه ـ وهو القرآن ـ [مُعْجِزَةً له، ولم تكن كتب الأنبياء معجزة لهم، وبقيت مُعْجِزَتُهُ في الأمة بعد مُفَارَقَتِهِ الدُّنيا ـ وهي القرآن ـ](٧) حَتَّى يكون حُجَّةً على مَنْ جَاءَ بعده، وضَمِنَ الله حفظه عن التَّبديل والتَّحريف؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾[الحجر: ٩] وجعلت أُمَّته خَيْرُ الأُمم؛ قال الله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ١١٠]

ومنها: أنَّه كان [يرى خَلْفَهُ كما](٨) يرى أَمَامَهُ. رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قال: «هَلْ تَرَوْنَ قِبْلَتِي هَاهُنَا، فَوَالله مَا يَخْفَىٰ عَلَيَّ رُكُوعُكُمْ، وَلاَ سُجُودُكُمْ؛ إِنِّي لأَرَاكُمْ مِنْ وَرَاءِ ظَهْرِي»(٩).

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) في أ: وأول مشفع.
(٥) تقدم.
(٦) تقدم.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) تقدم.

ومنها: أَنَّه كان لا ينام قَلْبُهُ حتَّى كان يجوز له أَن يُصَلِّيَ بعدما نَامَ مُضطَّجِعًا قبل أَنْ يتوَضَّأَ؛ قال ابن عبَّاس: «ثُمَّ نَامَ حَتَّىٰ سَمِعْتُ غَطِيطَهُ، ثُمَّ خَرَجَ إِلىٰ الصَّلاَةِ». وقالت عائشة - رضي الله عنها - : «قلت: يا رَسُولَ اللهِ، أَتَنَامُ قبل أَن توتر». قال: «إِنَّ عَيْنَيَّ تَنَامَانِ، وَلاَ يَنَامُ قَلْبِي»(١).

ومنها: أَنَّ صلاتَهُ التَّطوُّع قاعِدًا كصَلاتِهِ قائِمًا، وإِنْ لم تَكُنْ به عِلَّة، وفي حَقِّ غيره صَلاَةُ القاعِدِ على النِّصْفِ من صلاة القائم؛ قال عبد الله بن عمرو بن العاص: أَتَيْتُ رَسُولَ الله - ﷺ - فوَجَدْتُهُ يُصَلِّي جالِسًا. فقلت: يا رسول الله، حدثت أَنَّكَ قلت: «صَلاَةُ الرَّجُلِ قَاعِدًا عَلَىٰ نِصْفِ الصَّلاَةِ» وأنت تُصَلِّي قاعِدًا. قال: «أَجَلْ، وَلَكِنِّي لَسْتُ كَأَحَدٍ مِنْكُمْ»(٢).

ومنها: أَنَّه كان يَجِبُ علىٰ المُصَلِّي إِجَابَتُهُ إِذا دَعَاهُ في الصَّلاةِ، لا تَبْطُلُ به صلاته؛ رُوِيَ عن أبي سعيد بن المُعَلَّىٰ قال: كنت أُصَلِّي، فدعاني النَّبِيُّ - ﷺ - فَلَمْ أُجِبْهُ حَتَّى صَلَّيت، ثُمَّ أَتيت فقال: «مَا مَنَعَكَ أَنْ تَأْتِيَ»(٣) قلت: إِنِّي كُنْتُ أُصَلِّي، فقال: أَلَمْ يَقُلِ اللَّهُ: ﴿ٱسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ﴾ [الأنفال: ٢٤].

ومنها: أَنَّه يُخَاطَبُ في الصَّلاة بقوله: السَّلاَمُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ، وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ، ومثل هذا الخطاب مع غيره يقطع الصَّلاة.

ومنها: أَنَّه كان لا يجوز لأَحَدٍ أَن يَرْفَعَ صَوْتَهُ فَوْقَ صَوْتِهِ، ولا ينادي بعدما دخل حجرته حتَّى يخرج؛ قال الله تعالى: ﴿لاَ تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ﴾ [الحجرات: ٢]. وقال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُنَادُونَكَ مِنْ وَرَاءِ الحُجُرَاتِ أَكْثَرُهُمْ لاَ يَعْقِلُونَ﴾ [الحجرات: ٤]. وكان لا يجوز لأَحَدٍ أَنْ يَدْعُوه بِٱسْمِهِ، فيقول: يا مُحَمَّد يا أَحمد، بل يقول: يا رَسُولَ اللهِ، يا نَبِيَّ اللهِ، على وَجْهِ التَّعْظِيمِ؛ قال الله تعالى: ﴿لاَ تَجْعَلُوا دُعَاءَ الرَّسُولِ بَيْنَكُمْ كَدُعَاءِ بَعْضِكُمْ بَعْضًا﴾ [النور: ٦٣].

قال الشيخ: ومنها: ما رُوِيَ عن النَّبِيِّ - ﷺ - قال: «سَمُّوا بِٱسْمِي، وَلاَ تَكَنَّوا بِكُنْيَتِي»(٤).

وكان الشافعيُّ - رضي الله عنه - يقول: لَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يَتَكَنَّى بأَبي القاسم، سواء كان اسمه مُحَمَّدًا أو أَحمد، أو لم يكن؛ لظاهر الحديث.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه البخاري (١٠/ ٥٨٧) كتاب الأدب: باب قول النبي ﷺ سموا باسمي، حديث (٦١٨٨) ومسلم (٣/ ١٦٨٤) كتاب الآداب، حديث (٨/ ٢١٣٤) من حديث أبي هريرة.

ورَخَّصَ بعضهم فيه، وكره الجَمْع بين اسمه وكُنيته.

ومنها: أنَّه لو شَتَمَ أو لَعَنَ إنسانًا جعل لَعْنَهُ وَشَتْمَهُ قُرْبَةً للْمُسْلِمِينَ، رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قال: «اللَّهُمَّ إِنِّي اتَّخَذْتُ عِنْدَكَ عَهْدًا لَنْ تُخْلِفَنِيه، فَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، فَأَيَّ الْمُؤْمِنِينَ آذَيْتُهُ شَتَمْتُهُ لَعَنْتُهُ جَلَدْتُهُ، فَاجْعَلْهَا لَهُ صَلاَةً وَزَكَاةً وَقُرْبَةً تُقَرِّبُهُ[1] إِلَيْكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[2].

ومنها: أنَّه كان يُنْسَبُ إليه أَوْلاَدُ بَناتِه، قال النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ لِلْحَسَنِ بْنَ عَلِيٍّ ـ رَضِي الله عنهما ـ: «إِنَّ ابني هَذَا سَيِّدٌ، وَإِنَّ اللَّهَ يُصْلِحُ بِهِ بَيْنَ فِئَتَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ»[3] وأَولاد بنات[4] المرء لا ينسب إليه في الكَفَاءَةِ وغيرها، وإن كان مَعْدُودًا في ذُرِّيته، حَتَّى لو أَوْصَىٰ لأَولاد أولاد فُلانٍ يَدْخُلُ فيه ولد البنت.

ومنها: أَنَّ الأَنْسَابَ كلها تَنْقَطِعُ يوم القِيامَةِ إلاَّ نَسَبَهُ. قال النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ: «كُلُّ نَسَبٍ وَسَبَبٍ يَنْقَطِعُ يَوْمَ القِيَامَةِ إلاَّ نَسَبِي وَسَبَبِي»[5].

قيل: أراد به أَنَّ أُمَّتَهُ يوم القيامة يعرفونه، وَيَنْتَسِبُونَ إليه دون سائر الأُمم، فإنَّها لا تُنْسَبُ إلى أَنْبِيائِها.

وقيل: لا[6] ينتفع أَحَدٌ بنَسَبِهِ يوم القيامة؛ كما قال الله ـ تعالى ـ: ﴿يَوْمَ يَفِرُّ الْمَرْءُ مِنْ أَخِيهِ وَأُمِّهِ وَأَبِيهِ﴾ [عبس: ٣٤، ٣٥] إلاَّ نسبه؛ فإنَّ له الشفاعة بإذن الله عَزَّ وَجَلَّ.

ومنها: أَنَّه بعد مَوْتِهِ كالحَيِّ حَتَّىٰ لا يُورَثَ مَالُهُ، ومَالُهُ قَائِمٌ على مُلْكِهِ يُصْرَفُ[7] على زوجاته، ويصرف إلى من كان يصرفه إليه في حياته، ولم يَنْقَطِعْ خِطَابُ الأُمَّةِ معه بقولهم: السَّلامُ عليك أَيُّها النَّبِيُّ، وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ.

ومنها: أَنَّ أُمَّ أَيْمَنَ شَرِبَتْ بَوْلَ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ فلم يُنْكِرْ عليها، وقال: «إِذَنْ لاَ تُتْجَع بَطْنُكِ»[8].

---

(١) في أ: بها.

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٠٨) كتاب البر والصلة والآداب: باب من لعنه النبي ﷺ، حديث (٩/ ٢٦٠١) من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه البخاري (٧/ ١١٨ ـ ١١٩) كتاب فضائل الصحابة: باب مناقب الحسن والحسين، حديث (٣٧٤٦) وأبو داود (٤/ ٢١٦) كتاب السنة: باب ما يدل على ترك الكلام في الفتنة، حديث (٤٦٦٢) والترمذي (٥/ ٦١٦) كتاب المناقب: باب مناقب الحسن والحسين، حديث (٣٧٧٣) والنسائي (٣/ ١٠٧) كتاب الجمعة: باب مخاطبة الإمام رعيته، حديث (١٤١٠).

(٤) في أ: الغير.

(٥) تقدم.

(٦) أراد به.

(٧) في أ: ينفق.

(٨) تقدم.

وعن ابن الزبير قال: إنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ ٱحْتَجَمَ، وأعطاني دمه، وقال: «ٱذْهَبْ فَوَارِهِ حَيْثُ لاَ يَبْحَثُ عَنْهُ سَبُعٌ». قال: فَتَنَحَّيْتُ فشربته، ثُمَّ أَتَيْتُ فقلت: صنعت الذي أمرتني. قال: «مَا أَرَاكَ إِلاَّ شَرِبْتَهُ». قلت: نعم. ولم ينكر عليه(١).

وعن سَفِينَةَ: أَنَّه قال: ٱحتجم النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ قال: «خُذْ هَذَا الدَّمَ فَٱدْفِنْهُ مِنَ الدَّوَابِّ». قال: فَتَغَيَّبْتُ فشربته. ثُمَّ سَأَلني فأخبرته أَنِّي شربته فضحك(٢).

وكُلُّ ذلك لما كانوا يَرَوْنَ فيه من الشِّفَاءِ والتَّبَرُّكِ به، وليس في دَمِ غَيْرِهِ، ولاَ بَوْلِهِ ذلك، ومن هذا قِسْمَتُهُ شَعْرُهُ بين أصحابه.

ومِمَّا أُكْرِمَ به ـ ﷺ ـ في النِّكاح تَحْرِيمُ زَوْجاتِهِ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ بعده، فقال جَلَّ ذكره: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللهِ وَلاَ أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ﴾ [الأحزاب: ٥٣] وهذا التَّحريم في حَقِّ من كانت تحت النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ حين فارَقَ الدُّنيا، ومن ٱسْتَحَلَّ نِكاح واحدة مِنْهُنَّ كَفَرَ؛ لأَنَّه مُحَرَّمٌ بِنَصِّ الكِتاب.

ولو تَصَوَّرَ أَن يَخْتَارَ واحِدَةٌ مِنْهُنَّ الدُّنيا حين خَيَّرَهُنَّ، كان يَحِلُّ لها أَن تَنْكَحَ زَوْجًا غيره؛ للوصول إلى نَعِيمِ الدُّنيا في الأصل؛ لأَنَّها ٱختارت فراقه لذلك، فَأَمَّا مَنْ فَارَقَهَا النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ في حياته، فإنَّه رُوِيَ أَنَّه تَزَوَّجَ ٱمْرَأَةً مِن بني عَمْرو بن كلاب، فوجد بِكَشْحِهَا بَيَاضًا فَطَلَّقَهَا، ولم يدخل(٣) بها، وتزوَّج أُخت بني الجُون(٤) الكِنْدِيِّ، فاستعاذت منه؛ فقال: «لَقَدْ عُذْتِ بِعَظِيمٍ، فَٱلْحَقِي بِأَهْلِكِ» فَطَلَّقَهَا، ولم يدخل بها. فهل كان يجوز لغيره نِكاحُ هَؤلاء؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: لا؛ لظاهر القُرْآن: [﴿وَلاَ أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً﴾](٥) [الأحزاب: ٥٣]، ولأنَّه ـ عليه السلام ـ أَبُ الأُمَّة، ويحرم زوجة الأَب بنفس العَقْدِ.

والثاني: يجوز، لأَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ أَعْرَضَ عنها بالفِراقِ، فٱنْقَطَت الوَصْلَةُ بينه وبينها.

والثالث: إن كان قد دَخَلَ بها لم يَحِلّ لأَحَدٍ نِكاحها، وإلاَّ حَلَّتْ؛ فإنَّه رُوِيَ أَنَّ الْمُسْتَعِيذَةَ تَزَوَّجها الأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ في زمان عمر ـ رضي الله عنه ـ فَهَمَّ(٦) بِرَجْمِهَا، فأخبر

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٤) وابن عدي (٢/ ١٧١) والبيهقي (٧/ ٢١٣ ـ ٢١٤) من حديث كعب بن عجرة.

(٤) في أ: الحارث.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: عمر.

أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - فارقها قبل أن يَمَسَّهَا[١] فترك.

وأَمَّا المَوْطُوءَةُ بِمِلْكِ اليمين إن قلنا: تَحِلُّ[٢] امْرَأَتُهُ الَّتي فارقها بعد الدخول، ففي المَوْطُوءَةِ بِمِلْكِ اليمين وجهان؛ سواءٌ مَاتَ عنها، أَو أَعتقها، أَو باعها:

أَحدهما: لا تَحِلُّ؛ كالمَنْكُوحَةِ الَّتي فَارَقَهَا.

والثَّاني: تَحِلُّ؛ لأَنَّ مَارِيَةَ غير مَعْدُودَةٍ في أُمَّهاتِ المُؤْمِنينَ.

ومن خصائصه عليه السَّلاَمُ تَفْضِيلُ زوجاته على سَائِرِ النِّسَاءِ بِجَعْلِ ثَوَابَهُنَّ على الطاعة ضِعْفَ ثواب نساء الأمة، وعقوبتهم على المعصية ضِعْفَ عقوبة نساء الأمة؛ كالحَرَائِرِ مع الإِمَاءِ. قال الله تعالى: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى اللهِ يَسِيرًا وَمَنْ يَقْنُتْ مِنكُنَّ للهِ وَرَسُولِهِ وَتَعْمَلْ صَالِحًا نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠، ٣١]. وجعلهن أمهات المؤمنين. قال الله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٦] وأمهات المؤمنين منهن من مَاتَتْ تَحتَ النبي - ﷺ - [أو مات النبي - ﷺ - وهي تَحْتَهُ. فَمَنْ مَاتَتْ تحته - عليه السلام][٣] خَدِيجَةُ بِنْتُ خُوَيْلِد.

قال الشيخ: وزَيْنَب بنت خُزَيْمَةَ؛ وهي أم المساكين تُوفِّيَتْ تحته، فلم تَلْبَثْ معه إلاَّ يسيرًا. أو مات النبي - ﷺ - عنهن؛ وهن تِسْعٌ: عَائِشَةُ بنت أَبِي بَكْرٍ الصديق - رضي الله عنهما - وحَفْصَةُ بنت عمر - رضي الله عنهما - وأُمُّ حَبِيبَةَ بنت أبي سفيان، وأم سَلَمَة بنت [أبي][٤] أمية، وسَوْدَةُ بنت زَمْعَةَ، وزينب بنت جَحْشٍ، وميمونة بنت الحَارِثِ خَالَةُ عبد الله بن عَبَّاسٍ - رضي الله عنهم، وصفية بنت حُيَيٍّ بن أَخْطَبَ، وجُوَيْرِيَةُ بنت الحارث المُصْطَلِقِيَّةُ - رضي الله عنهن - فهؤلاءِ أمهات المُؤْمِنِينَ في معنى الإكرام والتفضيل، وفي تحريم نكاحهن، وَوُجُوبِ طاعتهن.

أما النَّظَرُ إليهن والخَلْوَةُ والمُسَافَرَةُ بهن، فلا يَجُوزُ، ويجوز نِكَاحُ بناتهن، وأخواتهن.

ولا يطلق على بَنَاتِ زَوْجَاتِهِ أنهن أَخَوَاتُ المؤمنين، ولا على آبَائِهِنَّ ولا أمهاتهن أنهن أَجْدَادُ المؤمنين وَجَدَّاتُهُمْ، ولا على إِخْوَانِهِنَّ أنهم أَخْوَالُ المؤمنين وخَالاَتُهُمْ. وقَوْلُ الشافعي - رضي الله عنه -: إن النبي - ﷺ - زوج بناته وهن أخوات المؤمنين - أخرجه مَخْرَجَ الإِنْكَارِ، يعني: أنه يرى أنهن أَخَوَاتُ المؤمنين، وهن كن أُمَّهَاتِ الرجال من المُؤْمِنِينَ دون النساء.

---

(١) قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٢٩٢) لا أصل له في كتب الحديث.

(٢) في أ: لا تحل.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

روي ذلك عن عَائِشَةَ ـ رضي الله عنها.

أَمَّا النَّبِي ـ ﷺ ـ فكان أَبَا الرِّجَالِ والنساء جميعًا.

ومن خَصَائِصِهِنَّ: أنه كان لا يَحِلُّ للرَّجُلِ أن يَسْأَلَ واحدة من نسائه شَيْئًا إلاَّ من وَرَاءِ حِجَابٍ أما مشافهة فلا بخلاف غيرهن. قال الله تعالى: ﴿وإذا سألتموهن متاعًا فاسألوهن من وراء حجاب﴾ [الأحزاب: ٥٣].

والحِكْمَةُ في إِيجَابِ الأَشْيَاءِ، وَتَحْرِيمِهَا على الرسول ـ ﷺ ـ حُصُولُ زيادة الثواب؛ لأن فِعْلَ الفرائض أَكْثَرُ ثوابًا من فِعْلِ النوافل، والامتناع من المُحَرَّمَاتِ أَعْظَمُ أَجْرًا من الامتناع من المُبَاحَاتِ؛ قال النبي ـ ﷺ ـ: يَقُولُ الله تعالى: «لَنْ يَتَقَرَّبَ المُتَقَرِّبُونَ إِلَيَّ بِمِثْلِ مَا افْتَرَضْتُ عَلَيْهِمْ».

وعن أبي هريرة، عن رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ قال: «اتَّقِ المَحَارِمَ تَكُنْ أَعْبَدَ[1] النَّاسِ»[2] والحِكْمَةُ في إِبَاحَةِ الأشياء له، وإكرامه بها إِظْهَارُ كَرَامته، وتبيين فَضِيلَتِهِ، فإن الوَاحِدَ من مُلُوكِ الدنيا إذا أَحَبَّ عَبْدًا، واخْتَارَهُ على غيره من عبيده يُبِيحُ له في ملكه، ولا يبيح لغيره، ويُكْرِمُهُ بما لا يُكْرِمُ به غَيْرَهُ. وهو ـ ﷺ ـ كان أَكْرَمَ الخَلِيقَةِ على الله ـ عز وجل ـ وأعظمهم قَدْرًا لديه، فخصه من بينهم بما أَظْهَرَ به أمره، وَرَفَعَ به ذِكْرَهُ، وله الحمد والمنة.

بَابُ التَّرْغِيبِ فِي النِّكَاحِ

قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...﴾ [النور: ٣٢] الآية.

الناس في النكاح قسمان: منهم من تَتوقُ نَفْسُهُ إلى النِّكَاحِ، فيستحب[3] له أن يَنْكِحَ

---

(١) في د: من أعبد.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٣٠٦) كتاب الزهد: باب من اتقى المحارم من طريق الحسن عن أبي هريرة.
وأخرجه ابن ماجه (٢/ ١٤١٠) كتاب الزهد: باب الورع والتقوى، حديث (٤٢١٧) من طريق واثلة عن أبي هريرة.

(٣) ذهب الجمهور إلى القول بأن النكاحَ مَنْدوبٌ.
وذهب داود الظاهري إلى القول بوجوبه على القادر على الوطء وإن وجد ما يتزوج به وعجز عن التسري. قال ابن حزم: وفرض على كل قادر على الوطء وإن وجد ما يتزوّج به أو بتسري أن يفعل أحدهما، فإن عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ فَلْيُكْثِرْ مِنَ الصَّوْمِ.
استدل داود بالكتاب والسنّة:
أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مُثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾. ووجه =

إن وَجَدَ أُهْبَةً؛ سواء كان مُقْبِلاً على العِبَادَةِ، أو لم يَكُنْ، ولكن [لَا][1] يجب أن يَنْكِحَ. فإن لم يجد أُهْبَةً يكسر شَهْوَتَهُ بالصوم؛ لما رُوِيَ عن عبد الله بن مسعود قال: قال رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ؛ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ؛ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ

= الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الله أمر فيها بالنكاح، والأصل في الأمر أن يكون للوجوب فيكون النكاح واجباً.

وأما السُّنَّةُ فقوله ﷺ: «يا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ» إلى غيره من الأحاديث الحاثة على النكاح. وقد حملوا الأمر في الحديث أيضاً على الوجوب.

وأمَّا الجمهور فقد قالوا: إنَّ الأمر هنا ليس للوجوب وإنما هو محمول على الندب. أمَّا الآية فإن الله تعالى حين أمر بالنكاح علَّقه على الاستطابة بقوله ﴿فَانكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ﴾ والواجب لا يتوقف على الاستطابة. وقال ﴿مُثْنَى وَثُلاثَ﴾ ولا يجب ذلك بالاتفاق، فَدَلَّ ذلك على أنَّ الأمر فيها للندب لا للوجوب وأيضاً فإنَّ الله سبحانه وتعالى خَيَّرَ بَيْنَ النِّكَاحِ وملك اليمين في قوله ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، وملك اليمين ليس بواجب بالإجماع ولا يصح التمييز بين واجب وما ليس بواجب، لأنَّ ذلك مخرج للواجب عن الوجوب. وعليه فيحمل الأمر في الآية على الندب.

وأمَّا الحديث فإنَّه أَمَرَ فيه من لم يستطع النكاح بالصوم، والصوم ليس بواجب في هذه الحال، فكذلك النكاح. أو نقول: إن الأمر فيه محمول على من يخشى على نفسه الوقوع في محظور بترك النكاح، فيلزمه حينئذ إعفاف نفسه.

وعليه فالراجح كما ذهب الجمهور إليه من عدم الوجوب، وخصوصاً أنَّه كان في الصحابة مَنْ لَمْ تَكُنْ له زوجة مَعَ قُدْرَتِهِ على النِّكَاحِ وَرَسُولُ الله ﷺ يعلمُ ذلك، ولم ينكر عليهم، كما أنه كان في عصر الخلفاء ومن بعدهم من لم يتزوج، ولم ينقل إلينا عن أحدٍ من الخلفاء أنه حتم على من ليست له زوجة أن يتزوج، ولو وقع ذلك لنقل إلينا بالتواتر، لأن هذا مما تعم به البلوى. فَلَمَّا لَمْ ينقل إليما شيء من ذلك عن النبي ﷺ وخلفائه دَلَّ ذلك على أنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ.

ثمَّ إنَّ قول الجمهور أن النكاح مندوب أنَّ الأَصْلَ فيه الندب بشرط أن يكون قادراً على ما تحتاج إليه المرأةُ مِنْ مَهْرٍ ونفقة ووطء، ولم يخف على نفسه الزنا بعدمه. وقد يخرج عن هذا الأصل لعارض إلى سائر الأحكام.

فيجب إن خاف على نفسه الزنا إنْ تَرَكَ النكاحَ وَعَجِزَ عَنْ التَّسَرِّي ولَمْ يكفه الصوم، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، ولو أدَّى به ذلك إلى الإنفاق عليها من حرام أو أدَّى إلى عدم الإنفاق عليها كما صَرَّح بذلك المالكيةُ وذلك ارتكاباً لأخفّ الخطرين، خصوصـاً أنَّ النفقة من حق الزوجة فلها إسقاطها أو يُغْنيه الله من فضله كما قال تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ الله مِنْ فَضْلِهِ﴾ وليس هذا من باب دفع الحرام بمثله الممنوع شرعاً؛ لأن المفسدة بترك النكاح محققة منه بحصول الزنا، والإنفاق عليها من حرام محتمل، فلا يترك دفع المفسدة المحققة لأخرى محتملة.

ويحرم عند عجزه عن الوطء أو النفقة أو تضييعه واجباً إذا لم يخف على نفسه الزنا، ويكره عند عدم الرغبة فيه إن عطله عن تطوع ولو رجا النسل. ويُباحُ عِنْدَ عَدَمِ الرغبة فيه ولم يرج نسلاً ولم يعطله عن تطوع.

(١) سقط في د.

لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ، فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ[(١)].

ومنهم من لا تَتُوقُ نَفْسُهُ إلى النِّكَاحِ؛ فينظر فإن كان ذلك لِعِلَّةٍ به من كِبَرٍ، أو مَرَضٍ، وعَجْزٍ يكره أن ينكح؛ لأنه يَلْتَزِمُ ما لا يُمْكنه، ولا يَقْدِرُ على القِيَامِ بحقه، وكذلك لو كان لا يَقْدِرُ على النَّفَقَةِ.

وإن لم يكن به عَجْزٌ، وكان قَادِرًا على القِيَامِ بحقه فلا يُكْرَهُ له النِّكَاحُ، ولكن الأَفْضَلَ أَنْ يَتَخَلَّىٰ لعبادة الله ـ تعالى ـ.

وإن لم يكن مشتغلاً بالعِبَادَةِ فوجهان:

أصحهما: الأَفْضَلُ أن يَنْكِحَ حَتَّىٰ لا يَحْمِلَهُ الفَرَاغُ على الفَسَادِ[(٢)].

وقيل: تركه أَفْضَلُ.

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ١٤٢) كتاب الصوم: باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة، حديث (١٩٠٥)، (٩/٨) كتاب النكاح: باب قول النبي ﷺ «من استطاع منكم الباءة فليتزوج»، حديث (٥٠٦٥) ومسلم (٢/ ١٠١٨) كتاب النكاح: باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، حديث (١/ ١٤٠٠) وأبو داود (١/ ٦٢٤) كتاب النكاح: باب التحريض على النكاح، حديث (٢٠٤٦) والنسائي (٤/ ١٧١) كتاب الصوم: باب فضل الصيام، (٦/ ٥٦) كتاب النكاح: باب الحث على النكاح، وابن ماجه (١/ ٥٩٢) كتاب النكاح: باب ما جاء في فضل النكاح، حديث (١٨٤٥) والدارمي (٢/ ١٣٢) كتاب النكاح: باب الحث على التزويج، وأحمد (١/ ٣٧٨، ٤٤٧) والطيالسي (١/ ٣٠٣ ـ منحة) رقم (١٥٤٥) وأبو يعلى (٩/ ٤٦ ـ ٤٧) رقم (٥١١٠) والبيهقي (٧/ ٧٧) كتاب النكاح: باب الرغبة في النكاح، وفي «شعب الإيمان» (٤/ ٣٨٠) رقم (٥٤٧٦) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣/ ١٥٦) كلهم من طريق إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود مرفوعاً.

وأخرجه البخاري (٩/ ١٢) كتاب النكاح: باب من لم يستطع الباءة فليصم، حديث (٥٠٦٦) ومسلم (٢/ ١٠١٩) كتاب النكاح: باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، حديث (٣،٤/ ١٤٠٠) والترمذي (٣/ ٣٩٢) كتاب النكاح: باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه، حديث (١٠٨١) والنسائي (٤/ ١٦٩ ـ ١٧٠) كتاب الصيام: باب فضل الصيام، (٦/ ٥٧ ـ ٥٨) كتاب النكاح: باب الحث على النكاح، والدارمي (٢/ ١٣٢) كتاب النكاح: باب الحث على التزويج، وأحمد (١/ ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٣٢) وعبد الرزاق (٦/ ١٦٩) رقم (١٠٣٨٠) والحميدي (١/ ٦٣) رقم (١١٥) وابن حبان (٤٠٣٤) والبيهقي (٧/ ٧٧) كتاب النكاح: باب الرغبة في النكاح، والبغوي في «شرح السنّة» (٥/ ٣ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق الأعمش عن عمارة بن عمير عن عبد الرحمن بن يزيد عن ابن مسعود مرفوعاً.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) اختلف الفقهاء فيمن له شهوة يأمن معها على نفسه الوقوع في الزنا، هل الاشتغال بالعبادة أفضل في حقه من الزواج، أو العكس؟

فذهب الشافعية إلى القول بأن التخلي لنوافل العبادة أفضل من النكاح، وذهب الجمهور إلى القول بأن النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة، وقد استدل الشافعية بما يأتي: =

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: النِّكَاحُ أفضل[1].

قلنا: النكاح من باب قَضَاءِ الشَّهْوَةِ، فلا يكون أَفْضَلَ من العبادة؛ كَأَكْلِ الأطعمة الشَّهِيَّةِ، ولبس الثياب البَهِيَّةِ.

ويكره للرجل أن يَحْتَالَ لِقَطْعِ الشهوة.

وإذا أراد النكاح يَخْتَارُ ذَاتَ الدِّينِ؛ لما روي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «تُنْكَحُ المَرْأَةُ لأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاك»[2].

فإن استوت المرأتان في الدِّينِ، اختار الحَسَنَةَ؛ لما روي أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «إِيَّاكُمْ

= أولاً: بقوله تعالى في مدح النبي (عليه السلام) ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾ والحصور هو الذي لا يأتي النساء مع القدرة على إيتائهن فمدحه الله به، ولو كان النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة لما مدحه الله بتركه، ويرد هذا بأنه ليس في مدح حال يحيى (عليه السلام) ما يدل على أنه أفضل من النكاح، فإن مدح الصفة في ذاتها لا يقتضي ذم غيرها؛ إذ إننا لا ننكر فضل التخلي للعبادة، واستحقاق المدح عليه، ولكن نقول إن الاشتغال بالنكاح أفضل، وأيضاً فإن ذلك كان في شريعة سيدنا يحيى (عليه السلام)، وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى.

وثانياً: قالوا: النكاح عقد معاوضة، فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع، ويرد هذا بأنه فرق بين البيع والنكاح، فإنه إنما كان التخلي للعبادة أفضل من البيع، لأن البيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها؛ لذلك كان التخلي للعبادة أفضل منه. وأما الجمهور فقد استدلوا بأمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه.

وأيضاً فقد تمسكوا بما روي في «الصحيحين» من أن نفراً من أصحاب رسول الله ﷺ سألوا أزواجه عن عمله في السر، فقال بعضهم، لا أتزوج النساء، وقال بعضهم: لا آكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش، فبلغ ذلك النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه، وقال: «ما بَالُ أَقْوَامٍ قَالُوا كَذَا وكَذَا، لَكِنِّي أُصَلِّي وَأَنَامُ، وأَصُومُ وأُفْطِرُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي».

ووجه الدلالة من هذا: أنَّ النبي ﷺ ذم هذه الحال، وتبرَّأ منها، ولو كان التخلي للعبادة أفضل، ـ كما قيل ـ لأقرهم على ذلك.

ونحن إذا تأمَّلنا ما يشتمل عليه النكاح من مصالح جزمنا بأن الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة. على أن النكاح لا يمنع من العبادة، وهذا رسولنا ﷺ استكثر من الزوجات، ولم يشغله ذلك عن عبادة ربه طرفة عين، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة، لا سيما أننا لو قلنا إن التخلي للعبادة أفضل من النكاح، لكان في ذلك ذريعة لإعراض كثير من الناس عن النكاح بحجة التخلي للعبادة فيضعف النسل، ويكثر الفساد، خصوصاً في هذا الزمن الذي كثر فيه الإعراض عن الزواج، وقد قال رسول الله ﷺ: «لاَ رَهْبَانِيَّةَ في الإِسْلاَمِ»، وقال: «لَعَنَ الله المُتَبَتِّلِينَ والمُتَبَتِّلاتِ» ومعناه التاركين للنكاح استناناً وتشرعاً.

(١) في أ: من التخلي للعبادة.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ١٣٢) كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين حديث (٥٠٩٠) ومسلم (٢/ ١٠٨٦) كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين ـ حديث (٥٣/ ١٤٦٦) وأحمد (٢/ ٤٢٨) والدارمي (٢/ ١٣٣) ـ =

وَخَضْرَاءَ الدِّمَنِ». قيل: وما خضراء الدِّمَن؟ قال: «المَرْأَةُ الحَسْنَاءُ مِنْ مَنْبَتِ السُّوءِ»[1].

ويختار ذَاتَ العَقْلِ؛ لأن النكاح للعشرة وطِيبِ النَّفْسِ، ولا يكون ذلك إلا مع وُفُودِ العَقْلِ. وكذلك يختار من يستحسنها، فيكون أَطْيَبَ، ويختار الوَلُودَ؛ لما رُوِيَ عنه ـ عليه

= ١٣٤) كتاب النكاح، باب تنكح المرأة على أربع، وأبو داود (٢/ ٥٣٩) كتاب النكاح، باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين، حديث (٢٠٤٧) وابن ماجه (١/ ٥٩٧) كتاب النكاح، باب تزويج ذات الدين ـ حديث (١٨٥٨) وأبو يعلى (١١/ ٤٥١) رقم (٦٥٧٨) وابن حبان (٤٠٤٤ ـ الإحسان) وأبو نعيم في «الحلية» (٨/ ٣٨٣) والدارقطني (٣/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣) كتاب النكاح: باب المهر، حديث (٢١٢) والبيهقي (٧/ ٧٩ ـ ٨٠) كتاب النكاح: باب استحباب التزويج بذات الدين من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك».

وله شاهد من حديث جابر وأبي سعيد ويحيى بن جعدة ومكحول مرسلاً.

ـ حديث جابر.

أخرجه أحمد (٣/ ٣٠٢) ومسلم (٢/ ١٠٨٧) كتاب الرضاع: باب استحباب نكاح ذات الدين، حديث (٥٤/ ٧١٥) والترمذي (٣/ ٣٩٦) كتاب النكاح: باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال، حديث (١٠٨٦) والنسائي (٦/ ٦٥) كتاب النكاح: باب على ما تنكح المرأة، من حديث جابر بلفظ أن المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

ـ حديث أبي سعيد الخدري.

أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٣١٠ ـ ٣١١) وأحمد (٣/ ٨٠) وأبو يعلى (٢/ ٢٩٢) رقم (١٠١٢) والبزار (٢/ ١٥٠ ـ كشف) رقم (١٤٠٣) وابن حبان (١٢٣١ ـ موارد) والدارقطني (٣/ ٣٠٣) كتاب النكاح، حديث (٢١٣) والحاكم (٢/ ١٦١) من طريق محمد بن موسى عن سعد بن إسحق عن عمته زينب عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: تنكح المرأة على إحدى خصال لجمالها ومالها وخلقها فعليك بذات الدين والخلق تربت يمينك.

قال البزار: لا نعلم أحداً روى في الخلق شيئاً إلا أبو سعيد بهذا الإسناد.

والحديث صححه ابن حبان.

وقال المنذري في «الترغيب والترهيب» (٢/ ٦٦٤): رواه أحمد بإسناد صحيح.

وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥٧): رواه أحمد وأبو يعلى والبزار ورجاله ثقات.

ـ مرسل يحيى بن جعدة.

أخرجه سعيد بن منصور (١/ ١٦٦) رقم (٥٠٢) بنحو حديث أبي هريرة.

وذكره الحافظ في «المطالب العالية» (٢/ ٣٠) وعزاه لمسدد بن مسرهد في «مسنده».

ـ مرسل مكحول.

أخرجه سعيد بن منصور (١/ ١٦٧) رقم (٥٠٦٠).

(١) أخرجه الرامهرمزي في «أمثال الحديث» (ص ١٨٨) رقم (٨٤) والقضاعي في «مسند الشهاب» (٢/ ٩٦) رقم (٩٥٧) من طريق الواقدي عن يحيى بن سعيد بن دينار عن أبي وجزة عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري به. =

السلام ـ قال: «تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ، فَإِنِّي أُكَاثِرُ بِكُمُ الأُمَمَ»(١).

= وضعفه الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣٠٣) ونقل عن الدارقطني قوله: لا يصح من وجه.

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٥٩٩) كتاب النكاح: باب تزويج الحرائر والولود، حديث (١٨٦٣) من طريق طلحة بن عمرو الحضرمي عن عطاء عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «انكحوا فإني مكاثر بكم».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٧٣: هذا إسناد ضعيف لضعف طلحة بن عمرو المكي الحضرمي ا.هـ. وطلحة بن عمرو.

قال عمرو بن علي: كان يحيى وعبد الرحمن لا يحدثان عنه.

وقال أحمد: لا شيء متروك الحديث.

وقال البخاري: ليس بشيء.

وقال النسائي: متروك الحديث.

وكذلك ضعفه ابن حبان وغيره. ينظر: التهذيب (٥/ ٢٣) وله لفظ آخر بإسناد آخر.

أخرجه أبو داود (٢/ ٥٤٢) كتاب النكاح: باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، حديث (٢٠٥٠) والنسائي (٦/ ٦٥ ـ ٦٦) كتاب النكاح: باب كراهية تزويج العقيم، والحاكم (٢/ ١٦٢) وأبو نعيم في «الحلية» (٣/ ٦٢) من حديث معقل بن يسار قال: قال رسول الله ﷺ: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم».

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

ووافقه الذهبي.

وأخرجه أيضاً ابن حبان (١٢٢٩ ـ موارد) والبيهقي (٧/ ٨١) كتاب النكاح: باب استحباب التزويج بالودود الولود.

وأخرجه أحمد (٣/ ١٥٨، ٢٤٥) وسعيد بن منصور (١/ ١٦٤) رقم (٤٩٠) وابن حبان (١٢٢٨ ـ موارد) والبيهقي (٧/ ٨١ ـ ٨٢) كتاب النكاح: باب استحباب التزوج بالودود الولود، والقضاعي في «مسند الشهاب» رقم (٦٧٥) وأبو نعيم في «الحلية» (٤/ ٢١٩) من حديث أنس بلفظ: تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء.

وصححه ابن حبان.

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦١) وقال: رواه أحمد والطبراني في «الأوسط» وإسناده حسن.

وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢١٤٧) ومن طريقه البيهقي (٧/ ٧٨) من حديث أبي أمامة بلفظ: تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم ولا تكونوا كرهبانية النصارى.

وفيه محمد بن ثابت البصري وهو ضعيف قاله الحافظ في «التقريب» (٢/ ١٤٨).

وأخرجه ابن ماجه (١/ ٥٩٢) كتاب النكاح: باب ما جاء في فضل النكاح، حديث (١٨٤٦) من طريق عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: النكاح من سنَّتي فمن لم يعمل بسنَّتي فليس منِّي وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم ومن كان ذا طول فلينكح ومن لم يجد فعليه بالصوم فإن الصوم له وجاءة.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٦٥): هذا إسناد ضعيف لضعف عيسى بن ميمون ا.هـ.

وضعفه الحافظ ابن حجر في «تلخيصه» (٢/ ١٠٢)، وقال: ضعيف.

وأخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٣٧٧) من حديث ابن عمر بلفظ: تزوجوا الودود الولود =

ويستحب أن يَخْتَارَ من الأَجَانِبِ؛ لما روي أنه ـ عليه السَّلامُ ـ قال: «لاَ تَنْكِحُوا القَرَابَةَ القَرِيبَةَ، فَإِنَّ الوَلَدَ يُخْلَقُ ضَاوِيًا»[١] معناه: أن شَهْوَتَهُ لا تتم على قريبته، فيحصل الوَلَدُ نِضْوَ الخَلْقِ ضعيفًا.

ويختارَ البِكْرَ إذا لم يكن لَهُ عُذْر؛ لما روي أن النبي ـ ﷺ ـ قال لجابر وقد تزوج ثَيِّبًا «هَلاَّ [تَزَوَّجْتَ][٢] بِكْرًا تُلاَعِبُهَا وَتُلاعِبُكَ»[٣].

وإذا أَرَادَ أَنْ يَنْكِحَ امْرَأَةً يستحب أن يَنْظُرَ إليها، ويكرر النَّظَرَ متأمِّلاً؛ بإذنها وبغير إذنها؛ لما روي عن المُغِيرَةِ أنه خطب امرأة، فقال النبي ـ ﷺ ـ: «انْظُرْ إِلَيْهَا؛ فَإِنَّهُ أَحْرَىٰ أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»[٤].

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: لا ينظر إليها بِغَيْرِ إذنها. وليس في الحديث فَصْلٌ بين الحالتين، فإنه ينظر إليها قبل الخِطْبَةِ؛ لأنه إذا نظر إليها بعد الخِطْبَةِ، فلم تعجبه فتركها، شَقَّ عليها ذلك.

ولا يجوز أن ينظر إلاَّ إلى وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا؛ لأن ما سواهما عَوْرَةٌ لا يجوز النَّظَرُ إليه من غَيْرِ ذات مَحْرَمٍ.

ولو بعثَ إليها امرأة؛ حتى تَأَمَّلَتْهَا وَوَصَفَتْهَا له، جاز؛ لما روي أَنَّ النبي ـ ﷺ ـ بعث أم سليم إلى امرأة، وقال: «انْظُرِي إِلَى عُرْقُوبَيْهَا، وَشُمِّي مَعَاطِفَهَا»[٥].

= فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة.
وأخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٧٣) رقم (١٠٣٩١) عن سعيد بن أبي هلال مرسلاً.
والحديث صححه الألباني في «الصحيحة» برقم (١٧٨٢).

(١) ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣٠٤) وقال ابن الصلاح لم أجد له أصلاً معتمداً.

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٣٧٥) كتاب البيوع: باب شر الدواب والحمير، حديث (٢٠٩٧).

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥) والدارمي (٢/ ١٣٤) كتاب النكاح: باب الرخصة في النظر للمرأة عند الخطبة، والترمذي (٣/ ٣٩٧) كتاب النكاح: باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث (١٠٨٧) والنسائي (٦/ ٦٩) كتاب النكاح: باب إباحة النظر قبل التزويج، وابن ماجه (١/ ٦٠٠) كتاب النكاح: باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، حديث (١٨٦٦) وعبد الرزاق (١٣٣٥) وسعيد بن منصور رقم (٥١٨ ـ ٥٥١) وابن الجارود (ص ٢٢٦) كتاب النكاح، حديث (٦٧٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٤) كتاب النكاح: باب الرجل يريد تزوج المرأة هل يحل له النظر إليها أم لا؟ والدارقطني (٣/ ٢٥٢) كتاب النكاح: باب المهر، حديث (٣١) والبيهقي (٧/ ٨٤) كتاب النكاح: باب نظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها، والخطيب في «التاريخ» (٧/ ٣٤٤) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ بتحقيقنا) من طريق عاصم الأحول عن بكر بن عبد الله المزني عن المغيرة قال: «خطبت امرأة فذكرتها لرسول الله ﷺ فقال لي: هل نظرت إليها؟ فقلت: لا. قال: فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما».

(٥) أخرجه أحمد (٣/ ٢٣١) والحاكم (٢/ ١٦٦) والبيهقي (٧/ ٨٧) من حديث أنس.

وكذا المَرْأَةُ إذا أرادت أن تتزوج تَنظُرُ إليه قبل النِّكَاحِ؛ لأنه يُعْجِبُهَا منه ما يعجبه منها. قال عمر ـ رضي الله عنه ـ: لاَ تُزَوِّجُوا بَنَاتِكُمْ من الرجل الدَّمِيمِ؛ فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن(١).

فَصْلٌ فِي بَيَانِ العَوْرَاتِ وَنَظَرِ الآدَمِيِّينَ بَعْضِهِمْ إِلَىٰ بَعْضٍ

قال الله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ [النور: ٣٠].

وروي عن أبي سَعِيدٍ الخدري؛ أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «لاَ يَفْضِي الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، وَلاَ تُفْضِي المَرْأَةُ إِلَىٰ المَرْأَةِ فِي الثَّوْبِ الوَاحِدِ»(٢).

[أما](٣) العَوْرَاتُ على أربعة أقسام: عَوْرَةُ الرجل مع الرجل، وَعَوْرَةُ المُرْأَةِ مع المَرْأَةِ، وعورة المرأة مع الرجل، وعورة الرجل مع المرأة.

أما الرجل مع الرجل: فجائز نَظَرُهُ إلى جميع بدنه إلاَّ على عَوْرَتِهِ، وعورته: ما بين السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ، والسُّرة والركبة ليستا بِعَوْرَةٍ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: الركبة عَوْرَةٌ. وقال مالك: الفَخِذُ ليس بِعَوْرَةٍ.

والدليل على أنها عورة: ما روي عن جرهد؛ أن النبي ـ ﷺ ـ مرَّ به في المسجد ـ وهو كاشف عن فَخِذِهِ ـ فقال عليه السلام: «غَطِّ فَخِذَكَ؛ فَإِنَّهَا مِنَ العَوْرَةِ»(٤)، وقال لعلي ـ رضي الله عنه ـ: «لا تُبْرِزْ فَخِذَكَ، وَلاَ تَنْظُرْ إِلَىٰ فَخِذِ حَيٍّ وَلاَ مَيِّت»(٥).

وإن كان في نظره إلى وجهه، وسائر بدنه خَوْفُ فتنة بأن كان أَمْرَدَ، لا يحل النظر إليه.

ولا يجوز للرجل مُضَاجَعَةُ الرجل وإن كان كل واحد في جانب من الفِرَاشِ؛ لحديث أبي سعيد.

وتكره المُعَانَقُ وتقبيل الوَجْهِ إلاَّ لولده شفقة، وتستحب المُصَافَحَةُ؛ لِمَا رُوِيَ عن أنس قال: قال رجل: يا رَسُولَ الله، الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه أينحني له؟ قال: لاَ. قَالَ:

---

(١) قال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٨٢): غريب.

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ٤٠ ـ نووي) كتاب الحيض: باب تحريم النظر إلى العورات، حديث (٣٣٨).

(٣) سقط في أ.

(٤) تقدم.

(٥) تقدم.

أفيلتزمه، ويقبله؟ قال: «لا». قال: أَفَيَأْخُذُ بِيَدِهِ، وَيُصَافِحُهُ؟ قال: «نَعَمْ»[١].

ويجوز[٢] للرجل دَلْكُ عَوْرَةِ الرجل، وَدَلْكُ[٣] فَخِذِهِ فَوْقَ الإِزَارِ إذا لم يَخْشَ فتنة[٤].

أما عَوْرَةُ المرأة مع المَرْأَةِ فكالرجل مع الرجل، فلها النَّظَرُ إلى جَمِيعِ بَدَنِهَا إلاَّ بَيْنَ السُّرة والرُّكْبَةِ، وعند خوف الفِتْنَةِ لا يجوز[٥] المُضَاجَعَةُ.

والمرأة الذِّمِّيَّةُ هل يَجُوزُ لها النَّظَرُ إلى بَدَنِ المسلمة، وأن تدخل معها الحَمَّامَ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنها عَوْرَةٌ كالمسلمة مع المسلمة.

والثاني ـ وهو الأصَحُّ ـ: لا يجوز، وهي كالرَّجُلِ الأَجْنَبِيِّ؛ لأنها أجنبية في الدِّينِ، والله يقول: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] وليست الذِّمية من نِسَائِنَا.

أما عَوْرَةُ المَرْأَةِ مع الرجل: فلا يَخْلُو: إما أَنْ كانت المَرْأَةُ أَجْنَبِيَّةً منه، أو ذَاتَ مَحْرَمٍ له، أو مستمعتة.

فإن كانت أجنبية، نظر: إن كانت حُرَّةً فجميع بدنها عَوْرَةٌ لا يجوز له أن ينظر إلى شَيْءٍ منها إلاَّ إلى الوَجْهِ والكَفَّيْنِ؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١].

قيل: ما ظهر منها الوجه والكفان؛ لأنها تحتاج إلى إِبْرَازِ الوَجْهِ لِلْبَيْعِ والشِّرَاءِ؛ وإلى إخراج الكَفِّ للأخذ والعَطَاءِ، ونعني بالكَفِّ: ظَهْرَهَا وَبَطْنَهَا إلى الكُوعَيْنِ.

وقيل: ظَهْرُ الكف عورة.

وفي أَخْمَصِ القَدَمِ وجهان:

أصحهما: عَوْرَةٌ كَظَهْرِ القَدَمِ.

وفي صَوْتِهَا وجهان:

---

(١) أخرجه الترمذي (٥/ ٧٠) كتاب الاستئذان: باب ما جاء في المصافحة، حديث (٢٧٢٨) وابن ماجه (٢/ ١٢٢٠) كتاب الأدب: باب المصافحة، حديث (٣٧٠٢) وأحمد (٣/ ١٩٨) والبيهقي (٧/ ١٠٠) من حديث أنس.

وقال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣١٠): وحسنه الترمذي واستنكره أحمد لأنه من رواية السدوسي وقد اختلط وتركه يحيى القطان.

(٢) في أ: ولا يجوز.

(٣) في أ: ولو دلك.

(٤) في أ: جاز إذا لم يخش فتنة.

(٥) ولا تجوز.

أصحهما: ليس بِعَوْرَةٍ؛ لأن نساء النبي - ﷺ - كن يَرْوِينَ الأَخْبَارَ للرجال. وكل عُضْوٍ هو عورة منها، فإذا انفصل منها مثل سَاعِدِهَا وَشَعْرُ رَأسها وقُلَامَةُ رِجْلِهَا، هل يَجُوزُ النَّظَرُ إليه؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يجوز؛ كما قبل الانْفِصَالِ.

والثاني: يجوز؛ لأنه لا يَكُونُ من العضو المُبَانِ فتنة، فلا يُعْطَىٰ له حُكْمُ الجملة؛ كما يجوز النظر إلى دَمِهَا وَرِيقِهَا، وكذلك الذَّكَرُ المَقْطُوعُ عن الرجل وشَعْرُ عَانَتِهِ إذا حُلِقَ هل يجوز النَّظَرُ إليه؟ فيه وجهان.

ويجوز النظر إلى قُلَامَةِ يد المَرْأَةِ؛ لأن يَدَهَا ليست بِعَوْرَةٍ.

ويجوز أن يُعِيدَ النَّظَرَ إلى الأجنبية إذا كان له غَرَضٌ صحيح؛ بأن يريد نِكَاحَ امرأة؛ فينظر إلى وَجْهِهَا وكفيها، أو شراء جَارِيَةٍ؛ فينظر إلى ما ليس بِعَوْرَةٍ منها، أو عند المُبَايَعَةَ معها ينظر إلى وَجْهِهَا مثلاً حتى يعرف عند الحاجة. وينظر إليها عند تَحَمُّل الشهادة، ولا ينظر إلى غَيْرِ الوجه؛ لأن المَعْرِفَةَ تَحْصُلُ به.

وإذا كان بعورة المرأة عِلَّةٌ يجوز للطبيب الأَمِينِ أن يَنْظُرَ إليها؛ للمعالجة؛ كما يَجُوزُ لِلْخِتَانِ أن يَنْظُرَ إلى فَرْجِ المَخْتُونِ؛ لأنه مَوْضِعُ ضرورة.

ويجوز أن يعمد النَّظَرَ إلى فَرْجِ الزَّانِيَيْنِ لتحمل الشهادة على الزِّنَا، وكذلك ينظر إلى فَرْجِهَا لِتَحَمُّلِ شهادة الوِلَادَةِ، وإلى ثَدْيِ المرأة[1] لتحمل الشهادة على الرَّضَاعِ، وهذا هو الصحيح.

وقال الإِصْطَخْرِيُّ: لا يجوز لِلرَّجُلِ أن يَقْصِدَ النَّظَرَ في هذه المواضع، إلا أن يَقَعَ بَصَرُهُ عليه؛ لأنه في الزنا مندوب[2] إلى السَّتْرِ، وفي الوِلَادَةِ وفي الرضاع تُقْبَلُ شَهَادَةُ النساء؛ فلا حاجة إلى الرجال[3] للشهادة.

وقيل: يَجُوزُ في الزِّنَا دون غيره؛ لأن الزاني قد هتك حُرْمَةَ الله بالزنا، فجاز هَتْكُ حُرْمَتِهِ بالنظر إلى عَوْرَتِهِ، ولم يُوجَدْ ذلك في غَيْرِ الزنا.

وقيل: يَجُوزُ في غَيْرِ الزنا، ولا يجوز في الزِّنَا؛ لأن حَدَّ الزِّنا مَبْنَاهُ على الدَّرْءِ[4] والإِسْقَاطِ.

---

(١) في أ: المرضعة.

(٢) في أ: هو مندوب.

(٣) في أ: إلى نظر الرجال.

(٤) في أ: الدور.

ولا يجوز أَنْ يعمد النظر إلى وجه الأَجْنَبِيَّةِ لغير غَرَضٍ، فإن وقع بَصَرُهُ عليها بَغْتَةً يغضُّ بصره؛ لقول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠].

وقيل: يجوز مَرَّةً واحدة إذا لم يكن مَحَلَّ فتنة، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ.

ولا يجوز أن يُكَرِّرَ النَّظَرَ إليها؛ لما رُوِيَ عن بريدة؛ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «يَا عَلِيُّ لاَ تَتبعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ؛ فَإِنَّ لَكَ الأُولَىٰ، وَلَيْسَتْ لَكَ الآخِرَةُ»[1].

وعن جابر قال: سألت رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ عن نظرة الفَجْأَةِ، فأمرني أن أَصْرِفَ بَصَرِي[2].

ولأن الغالب أَنَّ الاحْتِرَازَ عن الأُولَى لا يمكن فوقع عَفْوًا، قَصَدَ أو لم يَقْصِدْ.

ولا يجوز أن يَخْلُوَ بالمرأة الأجنبية، ولا أن يُسَافِرَ بها؛ لما رُوِيَ عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «لا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ؛ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ ثَالِثُهُمَا»[3].

وإن كانت [الأمة أجنبية][4]، ففي عَوْرَتِهَا وَجْهَانِ:

أصحهما: ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ؛ كالرجل

والثاني: عَوْرَتُهَا ما لا يبدو عند الفضلة والمِهْنَةِ خرج منه أَنْ رَأْسَهَا، وَعُنُقَهَا، وسَاعِدَيْهَا[5]، وموضع خِنَاقِهَا من النَّحْرِ والصدر ليس بِعَوْرَةٍ.

وفي ظهرها، وبطنها، وما فوق الساعدين وجهان.

ولا يجوز له أن يَمَسَّهَا، ولا لها أن تَمَسَّهُ بِحَالٍ، لا لِحِجَامَةٍ ولا اكتحال، ولا غيره؛ لأن اللَّمْسَ أَقْوَىٰ من النظر، بدليل أن الإِنْزَالِ باللَّمْسِ يفطر الصائم، وبالنَّظَرِ لا يفطره.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٣٥٣ ـ ٣٥٧) وأبو داود (٢/ ٦١٠) كتاب النكاح: باب ما يؤمر به من غض البصر، حديث (٢١٤٩) والترمذي (٥/ ١٠١) كتاب الأدب: باب ما جاء في نظرة المفاجأة، حديث (٢٧٧٧) والبيهقي (٧/ ٩٠) كتاب النكاح: باب ما جاء في نظر الفجاءة من حديث علي.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٦١٠) كتاب النكاح: باب ما يؤمر به من غض البصر، حديث (٢١٤٩) من حديث بريدة.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٦٩٩) كتاب الأدب: باب نظر الفجاءة، حديث (٤٥/ ٢١٥٠) وأبو داود (٢/ ٦٠٩) كتاب النكاح: باب ما يؤمر به من غض البصر، حديث (٢١٤٨) والترمذي (٥/ ١٠١) كتاب الأدب: باب ما جاء في نظرة المفاجأة، حديث (٢٧٧٦) من حديث جرير قال: «سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجأة فقال: احرف بصرك».

(٣) تقدم.

(٤) في أ: الأجنبية أمة.

(٥) في أ: ساعديها وساقيها.

وقال أبو حَنِيفَةَ: يجوز أن يَمَسَّ من الأَمَةِ ما يحل النَّظَرُ إليها من المَحَارِمِ، ولا يَجُوزُ من الحُرَّةِ الأجنبية.

وإن كانت المَرْأَةُ ذات مَحْرَمٍ له بِنَسَبٍ أو رَضَاعٍ أو صِهْرِيَّةٍ، فعورتها ما بين السُّرة والركبة كَعَوْرَةِ الرجال.

وقيل: ما يبدو [(١)] عند الفضلة والمِهْنَةِ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ - رحمه الله - والأول أَصَحُّ.

ويجوز أن يَخْلَو بها، ويسافر بها، ولا بَأْسَ للمرأة أن تَنْكَشِفَ لِلطِّفْلِ الأجنبي الذي لم يَظْهَرْ على عَوْرَاتِ النساء؛ لقوله تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١].

فإن كان مُرَاهِقًا لا يجوز أن تَنْكَشِفَ له، ولكن يَجُوزُ له الدخول عليها، ويَسْتَأْذِنُ في الأوقات الثلاثة التي تَضَعُ فيها ثِيَابَهَا؛ كالمَحَارِمِ؛ لقوله تعالى: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ...﴾ الآية.

وهل يَجُوزُ للمراهق الأَجْنَبِيِّ أن يَنْظُرَ إليها فُضُلاً؛ كالمحارم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز كالبالغ [لقوله تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ...﴾ [النور: ٣١] الآية، وهذا ليس بطفل][(٢)].

والثاني: يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: ٥٩] وهذا غير بالغ[(٣)].

وحكم البالغ المَمْسُوحُ حكم المراهق.

وقيل: هو كالفَحْلِ فأما إذا كان مَجْبُوبًا، أو مَسْلُولَ الأُنْثَيَيْنِ والذكر بَاقٍ، فهو كالفَحْلِ.

وإذا كان للمرأة عَبْدٌ فَهَلْ يَكُونُ محرمًا لها؟ فيه وجهان:

أصحهما: يكون محرمًا لها؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١].

وروي عن أنس أن النبي - ﷺ - أَتَى فَاطِمَةَ - رضي الله عنها - بِعَبْدٍ قد وهبه لها، وعلى فاطمة - رضي الله عنها - ثَوْبٌ إذا قَنَعَتْ به رَأْسَهَا لم يَبْلُغْ رِجْلَيْهَا، وإذا غَطَّتْ به رجليها لم

---

(١) في أ: ما لا يبدو.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: محتلم.

يبلغ رأسها. فلما رأى رسول الله ـ ﷺ ـ ما تلقى: قال: «إِنَّهُ لَيسَ عَلَيْكِ بَأْسٌ، إِنَّمَا هُوَ أَبُوكِ وَغُلاَمُكِ»[١].

والثاني: لا يكون محرمًا لها؛ لأن الملك لو كان يثبت المَحْرَمِيَّةَ، لكان لا يزول كالرَّضَاعِ؛ وبه قال أبو حَنِيفَةَ.

وإن كانت المَرْأَةُ مستمتعة؛ كالزوجة والأَمَةِ التي يَحِلُّ له الاستمتاع بها، فيجوز له أن يَنْظُرَ إلى جميع بَدَنِهَا حتى إلى فَرْجِهَا، غير أنه يكره أن ينظر إلى الفَرْجِ، وكذلك إلى فَرْجِ نفسه؛ لأنه رُوِيَ أنه يورث الطَّمْسَ.

وقيل: لا يجوز النظر إلى فَرْجِهَا، وَلاَ فَرْقَ بين أن تكون الأمة قِنَّةً، أو مُدَبَّرَةً، أو أم ولد، أو مَرْهُونَةً، فإن كانت مَجُوسِيَّةً، أو مُرْتَدَّةً، أو وثنية، أو مشتركة بينه وبين غيره، أو مُزَوَّجَةً، أو مُكَاتبة، فهي كالأجنبية؛ لما روي عن عمر بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «إِذَا زَوَّجَ أَحَدُكُمْ جَارِيَتَهُ عَبْدَهُ أَوْ أَجِيرَهُ، فَلاَ يَنْظُرْ إِلَىٰ مَا دُونَ السُّرَّةِ وَفَوْقَ الرُّكْبَةِ»[٢].

أما عَوْرَةُ الرجل مع المرأة [نظر][٣] إن كان أَجْنَبِيًّا منها، فعورته منها ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ على أصح الوجوه.

وقيل: جميع بدنه إلاَّ الوَجْهَ والكفين كهي معه.

وقيل: ما لا يَبْدُو، عند الفضلة والمِهْنَةِ، والأول أصح، بخلاف المَرْأَةِ في حَقِّ الرجل؛ لأن بَدَنَ المَرْأَةِ في ذاته عَوْرَةٌ، بدليل أنه لا يصح صَلاَتُهَا مَكْشُوفَةَ البَدَنِ، وبدن الرجل بخلافه.

ولا يجوز لها قَصْدُ النَّظَرِ عند خَوْفِ الفتنة، وَلا تَكْرِيرُ النظر إلى وجهه؛ لما روي عن أم سلمة أنها كانت عند رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ وميمونة إذ أقبل ابن أم مَكْتُومٍ، فدخل عليه. فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «احْتَجِبَا مِنْهُ». فقلت: يا رسول الله؛ أليس هو أعمى لا يبصر؟[٤] قال: «أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا، أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِهِ؟!»[٥] فإن كان محرمًا لها، فعورته معها ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٦٢) كتاب اللباس: باب في العبد ينظر إلى شعر مولاته، حديث (٤١٠٦) من حديث أنس.

قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣٠٧): وفيه سالم بن دينار أبو جميع مختلف فيه.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لا يبصرنا.

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٦٢) كتاب اللباس: باب قول الله تعالى: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ =

وإن كان زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهَا الذي يحل له وَطْؤُهَا، فلها أن تَنْظُرَ إلى جَمِيعِ بَدَنِهِ؛ حتى إلى فَرْجِهِ غير أنه يُكْرَهُ النظر إلى الفَرْجِ، كهو معها.

ولا بَأْسَ بالنظر إلى عَوْرَةِ صبي أو صبية لم تَبْلُغْ محل الشهوة وإن كان أَجْنَبِيًّا، ولا ينظر إلى الفَرْجِ فإن بلغ محلَّ الشهوة لم يجز وَإِذَا بلغ الصَّبِيُّ أو الصبية عَشْرَ سنين، يجب التَّفْرِيقُ [بين أَخِيهِ وأخته][1] وأمه وأبيه في المَضْجَعِ. قال النبي ﷺ -: «مُرْوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعٍ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي المَضَاجِعِ»[2].

ولا يجوز للرجل أن يجلس عُرْيَانًا في بيت خالٍ، وله ما يستر عَوْرَتَهُ؛ لأنه روي؛ أن النبي - ﷺ - سئل عنه فقال: «الله أَحَقُّ أَنْ يُسْتَحْىَ مِنْهُ»[3].

وروي أنه - عليه السلام - قال: «إِيَّاكُمْ وَالتَّعَرِّيَ؛ فَإِنَّ مَعَكُمْ مَنْ لاَ يُفَارِقُكُمْ إِلاَّ عِنْدَ الغَائِطِ، وَحِينَ يُفْضِي الرَّجُلُ إِلَىٰ أَهْلِهِ؛ فَاسْتَحْيُوهُمْ وَأَكْرِمُوهُمْ»[4].

بَابُ مَا عَلَىٰ الأَوْلِيَاءِ وَإِنْكَاحِهِمْ

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] وروي عن علي - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال له: «يا عَلِيُّ ثَلاَثٌ لاَ تُؤَخِّرْهَا: الصَّلاةُ إِذَا أَتَتْ، وَالجَنَازَةُ إِذَا حَضَرَتْ، وَالأَيِّمُ إِذَا وَجَدْتَ لَهَا كُفْئًا»[5].

= حديث (٤١١٢) والترمذي (٥/ ٩٤) كتاب الأدب: باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال، حديث (٢٧٧٨) وأحمد (٦/ ٢٩٦) والنسائي في «الكبرى» (٥/ ٣٩٣) كتاب عشرة النساء: باب نظر النساء إلى الأعمى، حديث (٩٢٤١، ٩٢٤٢) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ١١٦) وأبو يعلى (١٢/ ٣٥٣) رقم (٦٩٢٢) وابن حبان (١٩٩٨ - موارد) والفسوي في «المعرفة والتاريخ» (١/ ٤١٦) والبيهقي (٧/ ٩١ - ٩٢) وابن سعد في «الطبقات» (٨/ ١٢٦) كلهم من طريق الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة فيه.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وصححه ابن حبان.

وقال الحافظ في «الفتح» (٩/ ٣٣٧): وهو حديث أخرجه أصحاب السنن من رواية الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عنها وإسناده قوي وأكثر ما علل به انفراد الزهري بالرواية عن نبهان وليست بعلة فادحة فإن من يعرفه الزهري ويصفه بأنه مكاتب أم سلمة ولم يخرجه أحد لا ترد روايته ا. هـ.

(١) في أ: بينه وبين أخيه.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه أحمد (١/ ١٠٥)، والترمذي (١/ ١١١ - ١١٢) كتاب الصلاة: باب الوقت الأول من الفضل، =

[و] الحرة العاقلة البالغة[١] إذا خطبها كُفْءٌ لها، وَرَغِبَتْ فيه، وطالبت الوَلِيَّ بالتزويج منه - وَجَبَ على الوَلِيِّ تَزْوِيجُهَا، فإن امْتَنَعَ كان[٢] عاضِلاً آثِمًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ﴾.

والمَرْأَةُ لا تَمْلِكُ تَزْوِيجَ نفسها، لأنها لو مَلَكَتْ تَزْوِيجَ نَفْسِهَا لم يكن لنهي الوَلِيِّ عن العَضْلِ معنى.

ولا ينعقد النكاح بعبارتها. سَوَاءَ زَوَّجَتْ نفسها أو غَيْرَهَا بإذن الولي، أو دون إذنه؛ وهو قَوْلُ عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عَبَّاسٍ - رضي الله عنهم - وأَكْثَرِ الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: يَنْعَقِدُ النكاح بعبارتها؛ [سواء زوجت نفسها، أو غيرها؛ بإذن الولي، أو دون إذنه][٣] ثم إن زوجت نفسها من غير كفء، فللولي رَدُّهُ.

وقال أبو ثَوْرٍ، ومحمد بن الحَسَنِ: إن زوجت نفسها[٤] بإذن الوَلِيِّ يصح، وبِغَيْرِ إذنه لا يَصِحُّ.

= الحديث (١٧٢)، وابن ماجه (١/ ٤٧٦) كتاب الجنائز: باب في الجنازة لا تؤخر إذا حضرت، الحديث (١٤٨٦)، والحاكم (٢/ ١٦٢)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (١/ ١٧٧)، والبيهقي (٧/ ١٣٣)، والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ١٦ - بتحقيقنا)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ١٧٠) من طريق محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب، عن أبيه، عن علي، أن النبي ﷺ قال له: «يا علي: ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا آنت، والجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت لها كفؤا».

قال الحاكم: (غريب صحيح)، وأقره الذهبي، وقال الترمذي: (غريب ما أرى إسناده متصلاً) أي لاختلاف في سماع عمر بن علي من أبيه، وقد أثبته أبو حاتم كما في جامع التحصيل (ص ٢٤٣).

(١) في أ: البالغة العاقلة.

(٢) يقال: عضل يعضل عضلاً، وعضلت عليه تعضيلاً: إذا ضقت عليه في أمره، وحلت بينه وبين ما يريد.
وأصله: من عضلت المرأة: إذا نشب ولدها في بطنها وعسر خروجه، قاله العزيري.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ١٣٠) وتفسير غريب القرآن (٢٣).

(٣) سقط في د.

(٤) اتفق الفقهاء على أن الأنثى إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو أنه لا يصح لها أن تباشر عقد النكاح؛ لأنهم اتفقوا على أن الولي شرط في صحة نكاحهن.
واختلف الفقهاء في الحرة البالغة العاقلة، هل لها أن تباشر عقد النكاح لنفسها ولغيرها أولاً.
فمنهم من منع المرأة من مباشرة النكاح مطلقاً، بكراً كانت أو ثيباً، شريفة أو دنيئة، أذن لها الولي أو لم يأذن، فإن دفع وباشرت العقد فهو فاسد بفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، ولو طال الزمن وولدت الأولاد. وهذا مذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة مالك، والشافعي، وأحمد، وكثير من الصحابة والتابعين منهم عمر بن الخطاب، وابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة، وعائشة، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة وابن المبارك، وذلك لأن الولي عندهم شرط في صحة نكاح الأنثى مطلقاً، ومنهم من يرى أن للحرة البالغة العاقلة أن تباشر =

. . . .

= عقد نكاحها بكراً كانت أو ثيباً، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف، وزفر في ظاهر الرواية، إلا أنهم قالوا: لو تزوجت بغير كفء، فللولي حق الاعتراض رعاية للمصلحة، ودفعاً للعار ما لم تلد، أو تحبل حبلاً ظاهراً.

ومنهم من فرق بين أن تزوج نفسها لكفء أو لغيره فقالوا: إن زوجت نفسها لكفء صح نكاحها وإلاَّ فسد. وإلى هذا ذهب الشعبي والزهري، وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أنه نقل رجوعهما عنه إلى ظاهر الرواية.

ومنهم من يرى صحة النكاح موقوفاً على إجازة الولي، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل، وإليه ذهب محمد بن الحسن، وقال: إن امتنع الولي عن الإجازة في الكفء جَدَّد القاضي العقد ولا يلتفت إليه.

ومنهم من فرق بين نكاحها بإذن الولي، ونكاحها بغير إذنه، فقال: إذا أذن لها الولي صح نكاحها، وإن لم يأذن لها، فلا يصح، وإليه ذهب أبو ثور.

ومنهم من فرق بين البكر والثيب، فصحح نكاح الثيب، وأبطل نكاح البكر، وإلى هذا ذهب داود والظاهري.

ومنشأ الخلاف بينهم أنه وردت أدلة من الكتاب والسُّنَّة، وقد فهم فيها كل فريق فهمه، وأخذ الحكم منها حسب ما وصل إليه اجتهاده، وسأذكر ما تمسك به كل فريق من الأدلة وأوجه دلالتها، ثم أناقش الأدلة لأتوصل بذلك إلى بيان المذهب الراجح حسب قوة دليله.

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بالمنقول والمعقول:

أما المنقول: فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾. وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله سبحانه وتعالى أسند النكاح في الآية الأولى والثانية إلى المرأة، والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، فدل ذلك على صحة النكاح عند مباشرتها العقد بنفسها من غير مباشرة الولي أو إذنه، وأما في الآية الثالثة، فإن قوله تعالى: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ صريح في أنها هي التي تفعل في نفسها ما تشاء، ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

وأما السُّنَّة: فأولاً: ما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِن وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ نَفْسِهَا وَصِمَاتُها إِقْرَارُهَا» وفي لفظ مسلم «وإِذْنُهَا صَمَاتُهَا» وفي لفظ آخر «البِكْرُ تُسْتَأْمَرُ وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا».

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي ﷺ شارك بينها وبين الولي، ثم قدمها عليه بقوله: «أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» وقد صح العقد من الولي، فصحته منها أولى، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الحديث برواياته يدل صراحة على توقف العقد على رضا المرأة، وليس من المعقول، ولا من المعهود شرعاً أن يعتبر رضا شخص في صحة تصدق، ثم يحكم عليه بالفساد إذا باشره بنفسه.

وثانياً: ما ورد في تزوجه ﷺ أم سلمة لما بعث إليها يخطبها قالت: لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدًا، فقال عليه الصلاة والسلام: «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِكِ شَاهِدٌ وَلاَ غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ». ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه لم يحضر أحد من أولياء أم سلمة هذا العقد، وهي التي باشرته بنفسها، فدل ذلك على صحة النكاح بمباشرة المرأة العقد، وهو يدل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض، إذا كان الزوج كفئاً. =

. . . .

= وأما المعقول، فقد قالوا فيه: إن المرأة عند مباشرتها العقد بنفسها، إنما تصرفت في خالص حقها، وهي من أهل التصرف، إذ إنها بالغة عاقلة ولهذا كان لها التصرف في المال، ولها اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه فهو صحيح، وإنما يطلب الولي بالتزويج كي لا تنسب المرأة إلى الوقاحة.

وقد نوقشت أدلة الحنفية بما يأتي:

فقد قيل لهم في الآيات التي أضيف فيها النكاح إلى المرأة، أن الإضافة فيها على طريق الإسناد المجازي والعلاقة المحلية، وأيضاً فإنه لا يكون نصاً في جواز مباشرتها العقد بنفسها، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن بمباشرة من؟ هذا مسكوت عنه، وقد بينت السنة أنه لا يصح للمرأة أن تباشر النكاح وأنها إذا باشرته كان فاسداً كما في حديث عائشة رضي الله عنها حيث روت أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ» الحديث.

وأما قوله تعالى: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ فسياق الآية يقتضي بأن هذا في غير النكاح إذ الآية قبلها في عِدة الوفاة، والمرأة فيها ممنوعة من الزينة والخروج، مأمورة بالإحداد، فرفع الله عنها هذه القيود التي التزمتها في العِدة بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾.

ويقال لهم في الحديث الأول أنه يحتمل أن تكون أحق من وليها في الإذن والعقد، ويحتمل أن تكون أحق منه في الإذن والرضا؛ بأن لا تزوج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر. والمراد هنا الاحتمال الثاني، وهو أنه لا يعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، ومما يؤيد أن المراد الاحتمال الثاني قوله ﷺ: «لا نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍ» مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي.

ويقال لهم في حديث أُم سلمة أنه محمول على الخصوصية فقد عهد اختصاص النبي ﷺ في باب النكاح بأمور كثيرة إذ إننا إنما نحتاج للولي لرعاية المصلحة إذ إن المرأة لنقصان عقلها قد تُخْدَع، والنبي ﷺ خير زوج فلا يصح لإنسان أن ينظرَ بَعْدَ نظره.

وأما المعقول: فيقال لهم فيه لا نسلم أنها عند مباشرتها العقد، تكون قد تصرفت في خالص حقها بل تصرفت في أمر تعلق به حق الأولياء، وما من شك في أنَّ مشروعية النكاح على الأصالة إنما هي بناء الأسر، والمحافظة على الأعراض التي لا يصونها إلا ولي خاص يؤمَنُ على العِرض من تلويثه.

واستدل الشعبي والزهري بقول النبي ﷺ لأم سَلمة: «ليس أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِكِ شَاهِدٌ وَلاَ غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ» جواباً لقولها «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِداً»، فإنه يدل على صحة العقد من المرأة، حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الأولياء، بأن توفرت الكفاءة، ويدل بمفهومه على خلاف هذا.

ويقال للشعبي والزهري في استدلالهما بهذا الحديث ما قلناه فيه عند مناقشة أدلة الحنفية واستدل محمد بن الحسن وبما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امرأة نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن المرأة إذا نُكِحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ويدل بمفهومه على أنها إذا نكحت نفسها بإذن وليها فنكاحها صحيح. ويقول: إن الإذن أعم من أن يكون سابقاً أو لاحقاً.

ويقال في استدلاله بهذا الحديث إنه استدلال بالمفهوم، وأنت لا تقول به. واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولي بنفس حديث عائشة الذي استدل به محمد بن الحسن. =

. . . .

= ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلاً إذا كان بغير إذن الولي، ومفهومه أنها لو نكحت نفسها بإذن وليها صح نكاحها، ويرد هذا بأنه استدلال بالمفهوم، والمفهوم إنما يستدل به إذا لم يخرج الكلام مخرج الغالب، وهنا كذلك.

واستدل داود الظاهري، ومن وافقه بحديث «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا» ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن الثيب أحق بنفسها من وليها ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

ويرد هذا بأن النبي ﷺ أثبت لها حقاً، ومعناه أنها أحق بنفسها في ألاَّ يعقد عليها الولي إلاَّ برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها، على أن داود ـ كما قال النووي ـ قد ناقض مذهبه في شرط الولي في البكر دون الثيب، لأنه إحداث قول في مسألة مختلف فيها، ولم يسبق إليه، ومذهبه أنه لا يجوز إحداث مثل هذا.

وأما الجمهور فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُم النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِيْنَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ والصَّالِحِيْنَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾.

ووجه الدلالة في الآية الأولى: أن النهي موجه إلى الأولياء عن منعهن عن نكاح من يخترن من الأزواج، ولا يتحقق المنع إلاَّ مِمَّن في يده الممنوع، فدل ذلك على أن عقد النكاح في يد المولى لا في يد المرأة، وعليه فلا يصح منها لو باشرته بنفسها، ويؤيد هذا ما روي في سبب النزول من أن معقل بن يسار كانت له أخت تحت أبي البدَّاح فطلقها، وتركها حتى انقضت عدتها، ثم ندم على فراقها فخطبها فرضيت به، وأبى أخوها أن يزوجها، وقال: وجهي من وجهك حرام أن تزوجتيه. فنزلت الآية. فدعا رسول الله ﷺ معقلاً وقال له: إن كنت مؤمناً فلا تمنع أختك عن أبي البداح، فقال آمنت بالله، وزوجتها منه، فلو كان لها أن تباشر النكاح بدون وليها، لزوجت نفسها، ولم تحتج إلى وليها معقل. وعلى هذا يبعد أن يكون النهي في الآية للأزواج كما قيل. ومما يقوي القول بأن النهي في الآية للأولياء ما روي عن ابن عباس، أنه قال: نزلت هذه الآية في الرجل يطلق امرأته طلقة أو طلقتين فتنقضي عدتها، ثم يبدو له أن يتزوجها وأن يراجعها، وتريد المرأة ذلك، فيمنعها أولياؤها من ذلك، فنهى الله أن يمنعوها.

ووجه الدلالة في الآية الثانية والثالثة، أن الخطابة موجه فيها إلى الأولياء فدل ذلك على أن الزواج إليهم لا إلى النساء.

وأما السنّة: فأولاً: ما رواه ابن ماجه والدراقطني والبيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ وَلاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى المرأة عن أن تزوج نفسها، فدل ذلك على فساد نكاحها لأن النهي إذا رجع إلى ذات الفعل يدل على الفساد، ويؤيده قوله في آخر الحديث، فإن الزَّانية هي التي تزوِّج نفسها.

وثانياً: بما روى أحمد وأصحاب السنن إلاَّ النسائي، عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِي» صححه ابن حبان، والحاكم. وذكر له الحاكم طرقاً، وقال: قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً. =

. . . .

= وهذا الحديث صريح في أن النكاح لا يصح بدون الولي.

وثالثاً: ـ بما روى الخمسة إلاَّ النسائي ـ عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِدُونِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ فِإنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِي مَنْ لاَ وَلِي لَهُ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ حكم على نكاحها نفسها بدون إذن وليها بالبطلان، وكرر ذلك ثلاثاً لتأكيد بطلانه، فهو قاض باشتراط الولي في صحة النكاح.

وأما المعقول: فقد قالوا: إن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر والمرأة لا تحسن الاختيار لقلة ما لديها من الاختبار، لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة التي تطغى عليها جهة المصلحة، فتحصيلاً لهذه المقاصد على الوجه الأكمل قلنا بمنعها من مباشرة العقد.

وقد نوقشت أدلة الجمهور بما يأتي:

فقد قيل لهم في الآية الأولى إن معنى النهي فيها التحذير عن منعهن من مباشرة العقد بأنفسهن. فدلَّ ذلك على صحته منهن استقلالا، وإلا لم يكن للتحذير معنى. على أننا لا نسلم أن النهي للأولياء، بل هو للأزواج بدليل صدر الآيتان يقول الله تعالى: ﴿وإذا طَلَّقْتُم النِّساءَ فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن﴾ فقوله: ﴿فلا تعضلوهن﴾ إنما هو خطاب لمن طلق لا للأولياء، حتى لا تخيل النظم الكريم وإذا كان كذلك، كان معناه لا تعضلوهن أيها الأزواج، أي لا تمنعوهن حساً بعد انقضاء العدة أن يتزوجن أو لا تمنعوهن بإطالة العدة عليهن كما قال في آية أخرى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضراراً لتعتدوا﴾.

وترد هذه المناقشة بما ورد في سبب النزول من أن العاضل هو معقل، وهو ولي لا زوج، وليس في ذلك ما يخل بالنظم الكريم، لأن محمل ذلك إذا خفي المراد وحصل الاشتباه. أما إذا ظهر المراد ولم يكن هناك اشتباه فلا بأس من تفكيك الضمائر. وقد عهد في القرآن الكريم تحويل الخطاب. ولو كان منعه يدل على صحة النكاح بمباشرتها كما قيل لأباح لها النبي ﷺ أن تباشر النكاح بنفسها ولما قال لمعقل: إن كنت مؤمناً فزوجها.

على أنه يحتمل أن يكون الخطاب في صدر الآية للأولياء ويكون معنى إسناد الطلاق إليهم أنهم سبب له لكونهم المزوجين للنساء المطلقات من الأزواج. وعلى هذا الاختلال في النظم الكريم.

ويقال لهم في الاية الثانية والثالثة: إنه يحتمل أن يكون الخطاب فيهما لعامة المؤمنين لا لخصوص الأولياء. وإلاَّ لأمرهم بمباشرة عقد الزواج. فيكون من باب التشريع العام للمسلمين بأن يكون المراد بالإنكاح ما يشمل العقد وتسهيله والحث عليه والتعاون فيه بإعطاء المال واختيار الكفء وغير ذلك. على أن المقصود من الآية الثانية هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت الزوجة مؤمنة.

ويجاب عن هذه المناقشة بأننا لا نسلم أن الخطاب يحتمل أن يكون لعامة المسلمين، بل هو للأولياء. ومما يرجح كون للأولياء قوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه» إذ إن المعروف أن من أراد أن يخطب امرأة يأتي وليها فقط.

وأما الأحاديث التي تمسك بها الجمهور فقد نوقشت فيما يأتي:

أما الحديث الأول فقد قيل لهم فيه: إن ابن كثير قال فيه الصحيح وقفه على أبي هريرة وعلى تسليم رفعه فغايته التنفير من استبراء المرأة بنفسها في النكاح. وترد هذه المناقشة بأننا لا نسلم أن =

. . . .

= الحديث غير مرفوع، بل هو مرفوع وقد حكى رفعه يحيى بن معين. وليس المراد منه التنفير كما قيل لأن النهي ظاهر في عدم الصحة.

وقيل لهم في الحديث الثاني إنه حديث ضعيف مضطرب في إسناده فقد روي موصولاً ومنقطعاً ومرسلاً فلا تقوم به حجة على أصلكم. وعلى تسليم صحة الاحتجاج به بناء على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض. فغايته أنه حسن وهو لا يعارض الحديث الصحيح، وهو حديث «الأيم أحق بنفسها».

وترد هذه المناقشة بأن ابن حبان والحاكم صححاه وذكر له الحاكم طرقاً، وقال: صحت فيه الرواية عن أزواج النبي ﷺ عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، ثم ذكر تمام ثلاثين صحابياً. وقد قال المرودي: سألت أحمد ويحيى عن حديث «لا نكاح إلاَّ بولي» فقالا صحيح. ولا نسلم معارضة الحديث «الأيم أحق بنفسها» وذلك لما قلنا في معناه من أن المراد أنها أحق بنفسها في أن لا يعقد عليها الولي إلاَّ برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها بدون وليها.

ويقال لهم في الحديث الثالث ما يأتي:

أولاً: إن هذا الحديث روي من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهري، فبعضها من رواية ابن جريج وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاة، وبعضها من رواية ابن لهيعة، وابن لهيعة معروف، والحجاج ضعيف ولم يثبت سماعه من الزهري فهو موقوف. وأما رواية ابن جريج فقد أخبر ابن علية أن ابن جريج قال لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره.

ثانياً: إن هذا الحديث روي عن عائشة وقد زوجت حفصة بنت عبد الرحمن وقد كان غائباً.

ثالثاً: إنه يخالف مذهب الجمهور، فإن مفهومه وهم يحتجون بالمفهوم يدل على صحة النكاح إذا باشرته المرأة بإذن وليها.

يجاب عن المناقشة الأولى بأن المخالف يحتج برواية كل من ابن لهيعة والحجاج، فكيف لا يحتج بها عند الاجتماع. وأما رواية ابن جريج إنكار الزهري لرواية سليمان بن موسى فقد ضعفها ابن معين. فقد أخرج عنه البيهقي من طرق منها أن جعفر الطيالسي قال: سمعت ابن معين يوهن رواية ابن علية عن ابن جريج أنه أنكر معرفة حديث سليمان بن موسى، وقال: لم يذكره عن ابن جريج غير ابن علية، وإنما سمع ابن علية من ابن جريج سماعاً ليس بذلك.

ولو ثبت هذا عن الزهري لم يكن في ذلك حجة، لأنه قد نقله عن ثقات منهم سليمان بن موسى وهو إمام ثقة وجعفر بن ربيعة. فلو نسبه الزهري لم يضره ذلك فإن من حفظ حجة على من نسي. فإذا روي الحديث ثقة فلا يضره نسيان من نسيه.

ويجاب عن مناقشة الثانية بما قاله البيهقي. ونحن نحمل قوله زوجت أي مهدت أسباب التزويج، وأضيف النكاح إليها لاختيارها ذلك وإذنها فيه ثم أشارت على من ولي أمرها عند غيبة أبيها حتى عقد النكاح. ويؤيد هذا ما رواه ابن جريج عن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن عائشة أنها أنكحت رجلاً هو المنذر بن الزبير امرأة من بني أخيها، فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلاً فأنكح. ثم قالت فإن المرأة لا تلي عقد النكاح. فالوجه أن عائشة قررت المهر وأحوال النكاح وتولى العقد أحد عصبتها ونسب العقد إليها لما كان تقريره إليها.

=

وقال مالك: إن كانت دَنِيئَةً جاز، وإن كانت شَرِيفَةً لا يجوز[١].

والدليل على أنه لا يَصِحُّ: ما رُوِيَ عن أبي موسى الأَشْعَرِيِّ - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ»[٢].

= ويجاب عن المناقشة الثالثة: بأن المفهوم هنا معطل لأن الكلام خرج مخرج الغالب.

وأما المعقول فقد قيل لهم فيه: إن تحصيل المقاصد المذكورة لا يتوقف على مباشرة الولي العقد بنفسه بل يكفي أن يأذن لها، وليباشر العقد بعد ذلك من يباشره.

وترد هذه المناقشة بأن مباشرة المرأة للعقد تتنافى ومحاسن الشريعة الإسلامية وآدابها، فإن المرأة تنتسب إلى الرفاهية والخروج عن مألوف العادات. وكيف يقوم هذا وقد قامت الأدلة القوية على أن المرأة ممنوعة من مباشرة العقد بنفسها.

ينظر الروض النضير، شرح مجموع الفقه الكبير (٤/ ١٨).

(١) في أ: فلا.

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٦٣٥) كتاب النكاح: باب في الولي، حديث (٢٠٨٥) والترمذي (٣/ ٤٠٧) كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلاَّ بولي، حديث (١١٠١) والدارمي (٢/ ١٣٧) كتاب النكاح: النهي عن النكاح بغير ولي، وأحمد (٤/ ٣٩٤، ٤١٣) والطيالسي (١/ ٣٠٥ - منحة) رقم (١٥٥٤) وابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلاَّ بولي، حديث (١٨٨١) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤) وأبو يعلى (١٣/ ١٩٥ - ١٩٦) رقم (٧٢٢٧) وابن حبان (١٢٤٣ - موارد) والدارقطني (٣/ ٢١٨ - ٢١٩) كتاب النكاح، والحاكم (٢/ ١٧٠) والبيهقي (٧/ ١٠٧) وابن حزم في «المحلى» (٩/ ٤٥٢) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٢/ ٢١٤، ٦/ ٤١، ١٣/ ٨٦) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٣٢ - بتحقيقنا) من طريق أبي إسحاق عن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه مرفوعاً.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

وصححه ابن حبان.

وقد اختلف في وصل هذا الحديث وإرساله.

قال الترمذي (٣/ ٤٠٨ - ٤٠٩) وَحَدِيثُ أَبِي مُوسَى حَدِيثٌ فِيهِ اخْتِلاَفٌ. رَوَاهُ إِسْرائِيلُ وَشَرِيكُ بْنُ عَبْدِ اللهِ وَأَبُو عَوَانَةَ وَزُهَيْرُ بْنُ مُعَاوِيَةَ وَقَيْسُ بْنُ الرَّبِيعِ عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِي مُوسَى، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَرَوَى أَسْبَاطُ بْنُ مُحَمَّدٍ وَزَيْدُ بْنُ حُبَابٍ عَنْ يُونسَ بْنِ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِي مُوسَى، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وروى أَبُو عُبَيْدَةَ الحَدَّادُ عَنْ يُونُسَ بْنِ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، نَحْوَهُ. وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ (عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ).

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ يُونُسَ بْنِ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي إِسْحٰق، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِي مُوسَى. عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَيْضًا.

وَرَوَى شُعْبَةُ وَالثَّوْرِيُّ عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «لا نِكاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ». =

. . . .

وَقَدْ ذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِ سُفْيَانَ عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِي مُوسَى. وَلاَ يَصِحُّ. =

وَرِوَايَةُ هٰؤُلاَءِ الَّذِينَ رَوَوْا عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِي مُوسَى، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ» عِنْدِي أَصَحُّ، لأَنَّ سَمَاعَهُمْ مِنْ أَبِي إِسْحٰقَ فِي أَوْقَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ. وَإِنْ كَانَ شُعْبَةُ وَالثَّوْرِيُّ أَحْفَظَ وَأَثْبَتَ مِنْ جَمِيعِ هٰؤُلاَءِ الَّذِينَ رَوَوْا عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ هٰذَا الحَدِيثَ. فَإِنَّ رِوَايَةَ هٰؤُلاَءِ عِنْدِي أَشْبَهُ. لأَنَّ شُعْبَةَ وَالثَّوْرِيَّ سَمِعَا هٰذَا الحَدِيثَ مِنْ أَبِي إِسْحٰقَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ. وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى ذٰلِكَ مَا حَدَّثَنَا مَحْمُودُ بْنُ غَيْلاَنَ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو دَاوُدَ قَالَ: أَنْبَأَنَا شُعْبَةُ قَالَ: سَمِعْتُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيَّ يَسْأَلُ أَبَا إِسْحٰقَ: أَسَمِعْتَ أَبَا بُرْدَةَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ»؟ فَقَالَ: نَعَمْ. فَدَلَّ هٰذَا الحَدِيثُ عَلَى أَنَّ سَمَاعَ شُعْبَةَ وَالثَّوْرِيِّ عَنْ مَكْحُول هٰذَا الحَدِيثَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ. وَإِسْرَائِيلُ هُوَ ثِقَةٌ ثَبْتٌ فِي أَبِي إِسْحٰقَ.

سَمِعْتُ مُحَمَّدَ بْنَ المُثَنَّى يَقُولُ: سَمِعْتُ عَبْدَ الرَّحْمٰنِ بْنَ مَهْدِيٍّ يَقُولُ: مَا فَاتَنِي مِنْ حَدِيثِ الثَّوْرِيِّ عَنْ أَبِي إِسْحٰقَ الَّذِي فَاتَنِي، إِلاَّ لَمَّا اتَّكَلْتُ بِهِ عَلَى إِسْرَائِيلَ، لأَنَّهُ كَانَ يَأْتِي بِهِ أَتَمَّ.

وفي الباب عن جماعة من الصحابة وهم عائشة وابن عباس وعمران بن حصين وأبو هريرة وجابر وابن عمر وعلي بن أبي طالب.

ـ حديث عائشة.

أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٢٤٧ ـ موارد) وأبو داود الطيالسي (١/ ٣٠٥) رقم (١٥٥٣) وأبو يعلى (٨/ ١٤٧) رقم (٤٦٩٢) ومن طريق الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.

لفظ ابن حبان.

ـ حديث ابن عباس.

أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث (١٨٨٠) وأبو يعلى (٤/ ٣٨٦) رقم (٢٥٠٧) والبيهقي (٧/ ١٠٦، ١٠٧) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، من طريق حجاج عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ لا نكاح إلا بولي.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٨٢): هذا إسناد ضعيف حجاج هو ابن ارطأة مدلس وقد رواه بالعنعنة وأيضاً لم يسمع حجاج من عكرمة إنما يحدث عن داود بن الحصين عن عكرمة قاله الإمام أحمد ا.هـ.

وأخرجه الدارقطني (٣/ ٢٢١ ـ ٢٢٢) كتاب النكاح، حديث (١١) والبيهقي (٧/ ١٢٤) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي مرشد، كلاهما من طريق عدي بن الفضل عن عبيد الله بن عثمان بن خثيم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: لا نكاح إلاّ بولي وشاهدي عدل وأيما امرأة أنكحها ولي مخوط عليه فنكاحها باطل.

قال الدارقطني: رفعه عدي بن الفضل ولم يرفعه غيره.

وقال البيهقي: كذا رواه عدي بن الفضل وهو ضعيف والصحيح موقوف.

ولم ينفرد عدي بن الفضل برفعه فقد تابعه سفيان، وأخرجه الطبراني في «الكبير» (١٢/ ٦٤) رقم (١٢٤٨٣) من طريق سفيان عن عبد الله بن خثيم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس به. =

. . . .

= وللحديث طريق آخر عن ابن عباس.

أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٥٥) رقم (١١٣٤٣) من طريق الربيع بن بدر ثنا النهاس بن قهم عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: لا يكون نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر ما كان قل أم كثر.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٢٧) وقال: رواه الطبراني في «الكبير» ورواه في «الأوسط» فقال: قال رسول الله ﷺ: البغايا التي يزوجن أنفسهن لا يجوز نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر ما قل أو كثر.

وأخرجه الطبراني في «الكبير» أيضاً (١١/ ١٤٢) رقم (١١٢٩٨) من طريق معمر بن سليمان الرقي عن حجاج عن عطاء عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: لا نكاح إلا بولي والسلطان ولي من لا ولي له.

ـ حديث عمران بن الحصين.

أخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٩٦) رقم (١٠٤٧٣) والدارقطني (٣/ ٢٢٥) كتاب النكاح، والبيهقي (٧/ ١٢٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، كلهم من طريق عبد الله بن محرر، عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٨٩) وقال: رواه الطبراني في «الكبير» وفيه عبد الله بن محرر وهو متروك. وهو في «الكبير» (١٨/ ١٤٢) رقم (٢٩٩).

وأخرجه الدارقطني (٣/ ٢٢٥) كتاب النكاح، حديث (٢١) من طريق عبد الله بن المحرر عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين عن ابن مسعود مرفوعاً بمثل حديث عمران.

ـ حديث أبي هريرة.

أخرجه ابن حبان (١٢٤٦ ـ موارد) من طريق أبي عامر الخزار عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: لا نكاح إلا بولي.

وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢٣٥٦) والبيهقي (٧/ ١٢٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣/ ٢٤٤) من طريق المغيرة بن موسى عن هشام بن حسان القردوسي عن ابن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بولي وخاطب وشاهدي عدل.

والمغيرة بن موسى: منكر الحديث. قاله البخاري وأبو حاتم ينظر الضعفاء للبخاري (٣٤٦) والجرح والتعديل (٨/ ٢٣٠) وللحديث طريق آخر عن أبي هريرة.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣/ ١١٠١) من طريق سليمان بن أرقم عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٨٩) وقال: رواه الطبراني في «الأوسط» وفيه سليمان بن أرقم وهو متروك.

ـ حديث جابر.

أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٨٩) عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط من طريق محمد بن عبد الملك عن أبي الزبير فإن كان =

وعن عائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ أن رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قال: «أَيُّمَا ٱمْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنِ اشْتَجَرُوا، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»(١).

= هو الواسطي الكبير فهو ثقة وإلا فلم أعرفه.

ـ حديث ابن عمر.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٢٥) كتاب النكاح، حديث (٢٢) من طريق ثابت بن زهير ثنا نافع عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٨٩) ثابت بن زهير.

قال البخاري فيه: منكر الحديث قاله ابن عدي.

ـ حديث علي بن أبي طالب.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١/ ١٩٧) من طريق أحمد بن عبد الله اللجلاج عن ابراهيم بن الجراح عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن خصيف عن جابر بن عقيل عن علي عن النبي ﷺ: لا نكاح إلا بولي وشاهدين من نكح بغير ولي وشاهدين فنكاحه باطل.

قال ابن عدي: لم يحدث به إلا أحمد بن عبد الله هذا وهو باطل.

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي (ص ٢٠٦) مسند عائشة، حديث (١٤٦٣) وأحمد (٦/ ٤٧، ١٦٥) والدارمي (٢/ ١٣٧) كتاب النكاح: باب النهي عن النكاح بغير ولي، وأبو داود (٢/ ٥٦٦) كتاب النكاح: باب في الولي، حديث (٢٠٨٣) والترمذي (٣/ ١٤٠٧) كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث (١١٠١) وابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث (١٨٧٩) وابن الجارود (ص ٢٣٥) كتاب النكاح، حديث (٧٠٠) والطحاوي (٣/ ٧) كتاب النكاح: باب النكاح بغير ولي عصبية، وابن حبان (١٢٤٧ ـ موارد) والدارقطني (٣/ ٢٢١) كتاب النكاح، حديث (١٠) والحاكم (٢/ ١٦٨) كتاب النكاح: باب أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، والبيهقي (٧/ ١٠٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، وأبو يعلى (٨/ ١٤٧) رقم (٤٦٩٢) وأبو نعيم (٦/ ٨٨) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٣٣) من طرق عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري أخبره أن عروة بن الزبير أخبره أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن رسول الله ﷺ قال: أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

وصححه ابن حبان وأبو عوانة كما في «تلخيص الحبير» (٣/ ١٥٦).

وقد ضعف هذا الحديث الطحاوي فقال في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧ ـ ٨) من طريق يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج قال: لقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له: إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك فأثنى على سليمان خيراً وقال: أخشى أن يكون وهم عليّ. قال ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ١٥٧) وقد ضعف هذه الحكاية يحيى بن معين فقال: سماع ابن علية من ابن جريج ليس بذاك قال: وليس أحد يقول هذه الزيادة غير ابن علية وأعل ابن حبان وابن عدي وابن عبد البر والحاكم وغيرهم الحكاية عن ابن جريج وأجابوا عنها على تقدير الصحة بأنه لا يلزم من نسيان =

فالنَّبِي - ﷺ - حَكَمَ ببطلان النكاح بغير إذن الولي، وأَكَّدَهُ بالتكرار، ونقل الولاية إلى السلطان عند اختلاف الأولياء؛ ولأن المرأة مولى عليها في النِّكَاحِ، بدليل أنها لو وَضَعَتْ نَفْسَهَا فيمن لا يُكَافِئُهَا[1] يثبت للولي الاعتراض.

ولو لم يكن موليًا عليها لما ثَبَتَ حُكْمُ[2] الاعتراض على عَقْدِهَا؛ كالرجل إذا نَكَحَ دَنِيئَةً لا يعترض عليه، والمرأة إذا بَاعَتْ مالها بالبَخْسِ لا يعترض عليها؛ لأنه غَيْرُ مولى عليها في المال.

إذا ثَبَتَ أنها مولى عليها، فلا يَنْعَقِدُ نِكَاحُهَا؛ كالصَّغِيرَةِ، والأَمَةِ، والمُكَاتَبَةِ.

ولو وكل الولي امرأة؛ حتى وكلت رَجُلاً بتزويج وليته ففعلت، نظر إن قال: وَكِّلِي عن نَفْسِكَ لم يَجُزْ، وإن قال: وَكِّلِي عَنِّي أو أطلق، فوجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن عِبَارَتَهَا غَيْرُ صَالِحَةٍ للنكاح.

والثاني: يصح؛ لأنها سَفِيرَةٌ بين الوكيل ليست مُبَاشِرَةً للعقد.

= الزهري له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه وقد تكلم عليه الدارقطني في جزء من حدث ونسي ا.هـ.

ولابن حبان كلام في هذا الشأن ذكره في «صحيحه» فقال: وليس هذا مما يقدح في صحة الخبر لأن الضابط من أهل العلم قد يحدث بالحديث ثم نساه فإذا سئل عنه فلم يعرفه فلا يكون نسيانه دالاً على بطلان الخبر وهذا المصطفى ﷺ خير البشر صلى فيها فقيل له: أقصرت الصلاة أم نسيت فقال: كل ذلك لم يكن فلما جاز على من اصطفاه الله لرسالته في أهم أمور المسلمين الذي هو الصلاة حين نسي فلما سألوه أنكر ذلك ولم يكن نسيانه دالاً على بطلان الحكم الذي نسيه فكان جواز النسيان على من دونه من أمته الذين لم يكونوا معصومين أولى ا.هـ.

وسليمان بن موسى لم ينفرد بالحديث عن الزهري فقد تابعه الحجاج بن أرطأة.

أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي (١٨٨٠) وأحمد (٦/ ٢٦٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧) وأبو يعلى (٨/ ١٤٧) رقم (٤٦٩٢) والبيهقي (٧/ ١٠٥) من طريق الحجاج عن الزهري به.

والحجاج بن أرطأة ضعيف.

وتابعه أيضاً جعفر بن ربيعة.

أخرجه أبو داود (٢٠٨٤) وأحمد (٦/ ٦٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧) قال أبو داود: جعفر لم يسمع من الزهري كتب إليه وتابعه أيضاً عبيد الله بن أبي جعفر.

أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧) وهذا الطريق والذي قبله فيهما ابن لهيعة. وقد ضعف الطحاوي هذه المتابعات في شرحه فقال: وهم يسقطون الحديث بأقل من هذا وحجاج بن أرطأة لا يثبتون له سماعاً من الزهري وحديثه عنه مرسل عندهم وهم لا يحتجون بالمرسل وابن لهيعة فهم ينكرون على خصمهم الاحتجاج به عليهم بحديثه فكيف يحتجون به عليه في مثل هذا.

(١) في أ: يكافئها.

(٢) في أ: حق.

ولو أن امرأة نَكَحَتْ بلا ولي فَأَصَابَهَا، لا حَدَّ عليها، سواء فَعَلَهُ من يعتقد إِبَاحَتَهُ أو تحريمه؛ لِتَعَارُضِ الأدلة، واختلاف العُلَمَاءِ في الإِبَاحَةِ، إلا أن من اعتقد تَحْرِيمَهُ من الزوجين يُعَزَّرُ عليه، ومن لم يعتقد لا يُعَزَّرُ، بخلاف ما لو شَرِبَ النَّبِيذَ يَجِبُ عليه الحَدُّ - وإن اختلف العلماء في إباحته - سَوَاءً كان ممن يعتقد إِبَاحَتَهُ، أو تحريمه؛ لأن الأدلة فيه غَيْرُ متعارضة كَتَعَارُضِهَا في النِّكَاحِ بغير الوَلِيِّ، ولأن من يقول بِإِبَاحَةِ النبيذ لا يَقُولُ بإباحته على الإِطْلَاقِ، فإنه يحرم السُّكْرُ منه، وليس له حد.

ومن أباح النِّكَاحَ بلا ولي أباحه على الإطلاق، ولو نكح حَنَفِيٌّ بَلا وَلِيٍّ، ثم رُفِعَ إلى حَاكِمٍ شَفْعَوِيٍّ رده، ولو رفع أولاً إلى حاكم شفعوي رده ولو رفع أولاً إلى حاكم حَنَفِيٍّ، فنفذه، ثم رفعه إلى شَفْعَوِيٍّ فلا يرده؛ لأنه مُجْتَهِدٌ فيه، فاتصل به قَضَاءُ القاضي فلا يرده، بخلاف ما لو اشْتَرَىٰ حَنَفِيٌّ نبيذًا وحكم حاكم بِصِحَّتِهِ، ثم رفع إلينا نَنْقُضُهُ؛ كما يحد الحنفي بشربه.

وقال الإِصْطَخْرِيُّ: يرد النكاح بلا وَلِيٍّ، وإن حَكَمَ حاكمهم بصحته؛ لأن بُطْلَانَهُ يثبت بالنص.

ولو نكح بلا وَلِيٍّ فطلقها ثلاثًا، جَازَ له بعد ذلك أن يَنْكِحَهَا من غَيْرِ زوج آخر؛ لأن النكاح إذا لَم يَصِحَّ لا يقع عنه الطلاق.

وقال أَبُو إِسْحَاقَ: يقع الطَّلَاقُ، وإن طلق ثلاثًا لا يَحِلُّ له إلاَّ بعد زَوْجٍ آخر؛ لأنه إن كان عالمًا فقد فعله باجتهاده، وإن لم يكن فقد قَلَّدَ فيه عُلَماءَ «الكوفة»، فلا يكُون لَغْوًا.

فَصْلٌ فِي صِفَةِ تَزْوِيجِ الأَوْلِيَاءِ(١)

رُوِيَ عن ابن عَبَّاسٍ - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ

(١) الوَلاية بفتح الواو وكسرها مصدر وَلِيه، وولى عليه، يتعدى فعله بنفسه، وبحرف الجر. نقول: وليت المرأة، ووليت عليها؛ إذا قمت بها، وملكت أمرها، ونصرتها. ومن معانيها لغة النصرة. ومنه قوله تعالى: ﴿الوِلاَيَةُ للهِ الحَقِّ﴾، بعد قوله: ﴿وَلَمْ تَكُنْ لَهُ فِئَةٌ يَنْصُرُونَهُ مِنْ دُوْنِ اللهِ وَمَا كَانَ مُنْتَصِرًا هُنَالِكَ﴾. وقرأ الأخوان والأعمش وغيرهم عن طلحة وخلف وغيرهما: «الوِلاية لله الحقّ» بكسر الواو. وجاء لفظ الولاية في اللغة مصدراً بالفتح والكسر، وهما لغتان فيه بمعنى واحد كالوَكالة والوِكالة، والوَصاية والوِصاية. فدلَّ ذلك على أنهما بمعنى واحد. وقيل بينهما فرق؛ فقد قال سيبويه الوَلاَيَة بالفتح المصدر، وبالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة؛ لأنه اسم لما توليته وقمت به؛ فإذا أرادوا المصدر فتحوا. ونسب إلى أبي عبيدة وأبي الحسن أنهما بالفتح ولاية مولى نسب ونحوه، وبالكسر وِلاية السلطان. وقال زجّاج: هي بالفتح النُّصرة والنسب، وبالكسر للإمارة. ونقل عنه أنه ذهب إلى أن الولاية لاحتياجها إلى تَمَرُّنٍ وتدريب شبهت بالصناعات؛ ولذا جاء فيها الكسر. هذا معنى الولاية في اللغة. أمَّا =

وَلِيِّهَا، وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»[١].

= في الشرع فهي نوعان: ولاية إجبار، ويمكن أن تفسر بأنها سُلْطَةٌ تثبت للرَّجُل على المرأة بسبب ملك، أو أبوة، أو إيصاء فقط، تسوغ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح بطريق الإلزام، وولاية غير إجبار، ويمكن أن تفسَّر بأنها سلطة تثبت للرجل على المرأة بسبب ملك، أو بنوّة، أو أبوّة، أو إيصاء، أو تعصيب، أو ولاء، أو كفالة أو سَلْطَنة، أو إسلام؛ تُسَوِّغُ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح لا بطريق الإلزام.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥٢٤) كتاب النكاح ـ باب استئذان البكر والإيم في أنفسهما حديث (٤) ومن طريق مالك رواه أحمد (١/ ٢٤١ ـ ٢٤٢ ـ ٢٤٣، ٢٤٥) والدارمي (٢/ ١٣٨) كتاب النكاح. باب استئمار البكر والثيب، ومسلم (٢/ ١٠٣٧) كتاب النكاح ـ باب استئذان الثيب في النكاح ـ حديث (٦٦/ ١٤٢١) وأبو داود (٢/ ٥٧٧) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في استئمار البكر والثيب ـ حديث (٢٠٩٨) والترمذي (٣/ ٤١٦) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في استئمار البكر والثيب ـ حديث (١١٠٨) والنسائي (٦/ ٨٤) كتاب النكاح ـ باب استئذان البكر في نفسها وابن ماجه (١/ ٦٠١) كتاب النكاح ـ باب استئمار البكر ـ والثيب ـ حديث (١٨٧٠) وابن الجارود ص (٢٣٨): كتاب النكاح ـ حديث (٧٠٩) والشافعي (٢/ ١٢) كتاب النكاح: باب فيما جاء في الولي حديث (٢٤) وعبد الرزاق (٦/ ١٤٢) رقم (١٠٢٨٣) والدارمي (٢/ ١٣٨) كتاب النكاح: باب استئمار البكر والثيب وسعيد بن منصور (١/ ١٨١ ـ ١٨٢) رقم (٥٥٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٦٦) والدارقطني (٣/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩) كتاب النكاح والبيهقي (٧/ ١١٥) كتاب النكاح: باب ما جاء في النكاح والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٣٧٦) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٢٥ ـ بتحقيقنا) عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها» وأخرجه أحمد (١/ ٢١٩) ومسلم (٢/ ١٠٣٧) كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح ـ حديث (٦٧/ ١٤٢١) وأبو داود (٢/ ٥٧٧ ـ ٥٧٨) كتاب النكاح ـ باب في الثيب ـ حديث (٢٠٩٩) والنسائي (٦/ ٨٥) كتاب النكاح ـ باب استئمار الأب البكر في نفسها ـ والحميدي (١/ ٢٣٩) رقم (٥١٧) من طريق زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل عن نافع عن جبير عن ابن عباس به بلفظ الثيب بدل الأيم.

وأخرجه أبو داود (٢/ ٥٧٨) كتاب النكاح: باب في الثيب (٢١٠٠) والنسائي (٦/ ٨٤) كتاب النكاح: باب استئمار الأب البكر في نفسها وأحمد (١/ ٢٦١) من طريق صالح بن كيسان عن عبد الله بن الفضل به وأخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٤٢) رقم (١٠٢٨٢) من طريق سفيان الثوري عن عبد الله بن الفضل به.

وأخرجه أحمد (٤/ ١٩٢) وابن ماجه (١/ ٦٠٢) كتاب النكاح باب استئمار البكر والثيب ـ حديث (١٨٧٢) والبيهقي (٧/ ١٢٣) كتاب النكاح ـ باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ـ من حديث عبد الله بن عبد الرحمن بن حسين عن عدي بن عدي الكندي عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال: «والثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها».

وهذا سند ضعيف لانقطاعه عدي بن عدي عن أبيه منقطع قال ابن أبي حاتم في «الجرح والتعديل» (٧/ ٣) عن أبيه قال: عدي بن عدي بن عميرة الكندي أبو فروة ولأبيه صحبه روى عن أبيه مرسل لم يسمع من أبيه.

وقال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٧٨): هذا إسناد رجاله ثقات إلاَّ أنه منقطع عدي لم =

الأولياء[١] قسمان: كَامِلُ الشَّفَقَةِ، وَقَاصِرُ الشَّفَقَةِ. أما كَامِلُ الشفقة: فالأب، والجد [أب الأب][٢] وإن علا.

وقَاصِرُ الشفقة ثلاثة: قَرِيبٌ يزوج بِعُصُوبَةِ النسب؛ كالأخ، وابن الأخ، والعم، وابن العم.

والثاني: المُعْتِقُ وعصباته يزوجون بحق الوَلاَءِ.

والثالث: السُّلْطَانُ يزوج بالوِلاَيَةِ العامة.

والنساء الحَرَائِرُ قسمان: بِكْرٌ وَثَيِّبٌ، فالبِكْرُ يجوز للأب والجد تَزْوِيجُهَا دون إذنها، صغيرةً كانت أو كبيرة، غَيْرَ أنه يستحب أن يستأذنها [إن كانت][٣] بالغة، وإذنها صُمَاتُهَا.

فلو [لم يستأذن][٤] وزوجها جَبْرًا يصح؛ حتى لو اختارت هي كُفْئًا ودعت إليه، فزوجها الأب والجد من كُفْءٍ آخر جاز.

وقال الأَوْزَاعِيُّ، والثوري، وأبو حنيفة ـ رحمة الله عليهم ـ: لا يَجُوزُ لأَحَدٍ إِجْبَارُ البِكْرِ البالغة على النكاح؛ لقوله عليه السلام: «والبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ» وذلك عند من جوز مَحْمُولٌ على استطابة النَّفْسِ، لا أنه شرط لصحة العقد؛ كما قال النبي ـ ﷺ ـ لنعيم في تزويج ابنته: «وَآمِرْ أُمَّ ابْنَتِكَ». وذلك على سَبِيلِ الاسْتِحْبَابِ، واستطابة النفس، لا أن مُؤَامَرَةَ أم البنت

= يسمع من أبيه عدي بن عميرة يدخل بينهما العرس بن عميرة قاله أبو حاتم وغيره وقال المزي: رواه يحيى بن أيوب المصري عن ابن أبي حسين عن عدي بن عدي عن أبيه عن العرس رجل من أصحاب النبي ﷺ. . . اهـ.

والذي ذكره المزي رحمه الله.

أخرجه البيهقي (٧/ ١٢٣) كتاب النكاح: باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام من طريق عبد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين به.

(١) **الولي لغة معناه**: النصير والمعين، من وليه إذا قام به ونصره ومنه: ﴿الله وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا﴾، وجمعه أولياء. وولي المرأة الذي يَلِيَ عَقْدَ النِّكَاح عليها، وكل من يلي أمر أحد فهو وَلِيُّه. وقال الفراء: المولى والولي واحد في كلام العرب، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ الله هُوَ مَوْلاَهُ وَجِبْرِيلُ﴾. . . الخ. . . وقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لاَ مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ **وفي اصطلاح المتكلمين**: هو العارِفُ بالله تعالى، وبأسمائه وصفاته، حسبما يمكن المواظب على الطاعات، المجتنب للمعاصي، المعرض عن الانهماك في الشهوات.

وعند فقهاء المالكية: هو من له على المرأة ملك، أو بنوة، أو أبوة، أو تعصيب، أو ولاء، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام، قاله ابن عرفة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: استاذن.

شَرْطٌ لصحة النكاح، فنقول: يَجُوزُ للأب تَزْوِيجُهَا لحق الأُبُوَّة ساكتة، فيجوز تَزْوِيجُهَا سَاخِطَةً؛ كالصغيرة.

وأما غير الأب والجد من الأولياء، فلا يَصِحُّ تَزْوِيجُهُمْ في حَالِ صِغَرِ المنكوحة؛ لظاهر الخَبَرِ، ويجوز لهم التزويج بعد بُلُوغِهَا إذا استؤذنت، والاستئذان وَاجِبٌ، ويكتفي بِسُكُوتِ البِكْرِ؛ لظاهر الحديث؛ لأنها تَسْتَحِي من أن تَنْطِقَ به صَرِيحًا.

وفيه وجه آخر: أنه يشترط صريح نطقها؛ كما في الثَّيِّب[1]، والحديث مَحْمُولٌ على ما إذا كان الوَلِيُّ أَبًا أو جَدًّا، والأَوَّلُ هو الأَصَحُّ. وإن كانت المرأة ثَيِّبًا، فلا يَجُوزُ لأَحَدٍ من الأولياء تَزْوِيجُهَا في حَالِ الصغر، أبًا كان أو غيره؛ لقول النبي ـ ﷺ ـ: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا».

وجوز أبو حنيفة تزويج الثيب الصغيرة، والحديث حُجَّةٌ عليه بعد البُلُوغِ لا يجوز لأَحَدٍ تَزْوِيجُهَا بالاتفاق إلاَّ بإذنها، ويشترط صَرِيحُ نُطْقِهَا؛ لأنها اختبرت الرجال فلا تَستحي من إظهار الرَّغْبَةِ في النكاح، وسواء ثَابَتْ بِنِكَاحٍ، أو بِمِلْكِ يَمِينٍ، أو وَطْءِ شبهة، أو بالزِّنَا.

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ المُصَابَةُ بالزنا في حكم الأبكار، والحديث حُجَّةٌ عليه؛ لأن النبي ـ ﷺ ـ قال: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا» وهذه ثَيِّبٌ بِدَلِيل أنه إذا أَوْصَىٰ للثيب تَدْخُلُ هذه في الوصية، ولأنها حُرَّةٌ عاقلة ثَابَتْ بالجماع؛ كالمُصَابَةِ بالنكاح، ووطء الشبهة، وإن زالت بَكَارَتُهَا بأصبع، أو وَثْبَةٍ، أو طول تَعْنِيسٍ، فهي في حُكْمِ الأَبْكَارِ على ظاهر المَذْهَبِ؛ لأنها لم تَخْتَبِرِ الرِّجَالَ.

وقيل: هي في حُكْمِ الثَّيِّبِ؛ لزوال العَذِرَةِ.

وإن أصيبت في دُبُرِهَا فوجهان:

أصحهما: في حكم الأَبْكَارِ؛ لبقاء العَذِرَةِ؛ كما لو فَاخَذَهَا رَجُلاً لا تزول[2] البَكَارَةُ.

والثاني: هي في حكم الثيب؛ لأنها أصيبت بالوطء؛ كما لو أُزِيلَتْ بَكَارَتُهَا بالجِمَاعِ، فعادت عِذْرَتُهَا.

وقال أبو حَنِيفَةَ: يجوز لجميع الأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ الصغيرة بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا، غير أن تَزْوِيجَ الأب والجد يلزم، وتزويج غيرهما لا يلزم، ولها رده بعد البُلُوغِ. والدليل عليه: ما روي عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «لا تَنْكِحُوا اليَتَامَىٰ حَتَّىٰ تَسْتَأْمِرُوهُنَّ»[3].

---

(١) في أ: في حق.

(٢) في أ: لا يزول به حكم.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/٢٩٩، ٢٣٠) كتاب النكاح ـ حديث (٣٥، ٣٦، ٣٧، ٤٠) والحاكم (٢/١٦٧) =

واليتيم اسم لِصَغِيرٍ لا أب له، فَدَلَّ على أنه لا يجوز تَزْوِيجُهَا حتى يَزُولَ عنها اسْمُ اليُتْمِ بالبلوغ، وتستأمر، ولأن من لا يلزم إنكاحه الصغيرة مع عَدَمِ النقائص لا ينعقد إِنْكَاحُهُ كالخال والأجنبي.

ولو زوج الولي المَرْأَةَ الثَّيِّبَ دون رِضَاهَا لا ينعقد.

وعند أبي حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ يتوقف على إِجَازَتِهَا، فإن أَجَازَتْ جاز. والدليل على أنه لا يتوقف: ما روي أن خَنْسَاءَ بنت خذام زوجها أبوها ـ وهي ثَيِّبٌ ـ فكرهت، فأتت رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ فَرَدَّ نِكَاحَهَا. أي: حَكَمَ بالرد ولم يَقُلْ لها: أَجِيزِي ما فَعَلَ أَبُوكِ.

فَصْلٌ فِي صِفَةِ الأَوْلِيَاءِ وَالشُّهُودِ

روي عن عمران بن حصينٍ؛ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ»[١].

لا ينعقد النكاح إلاَّ بمحضر شاهدين عَدْلَيْنِ وهو قَوْلُ أكثر أهل العلم[٢].

وقال أبو ثَوْرٍ: ينعقد بغير الشهود، وَيُرْوَىٰ ذلك عَنْ عَلِيٍّ، وابن الزُّبَيْرِ ـ رضي الله عنهما ـ.

= كتاب النكاح ـ باب لا تنكحوا النساء حتى تستأمرونهن، والبيهقي (٧/ ١٢١) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في إنكاح اليتيمة ـ من حديث ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ لا تنكح المرأة اليتيمة إلاَّ بإذنها» لفظ الدارقطني. وهي رواية للدارقطني والبيهقي (لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فإذا سكتن فهو إذنهن).

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

(١) تقدم.

(٢) اختلف أهل العلم في اشتراط الشهادة في النكاح وعدم اشتراطها.

فذهب عبد الله بن مهدي. ويزيد بن هارون ـ والعنبري ـ وعثمان البتي. وابن أبي ليلى. وأهل الظاهر إلى القول بأن الشهادة ليست شرطاً في النكاح وهو رواية عن أحمد.

وذهب الجمهور إلى القول بأن الشهادة شرط في النكاح.

استدل من لم يشترط الشهادة في النكاح بالأثر والمعقول.

أما الأثر فما روي عن ابن المنذر قال أعتق النبي ﷺ صفية بنت حيي فتزوجها بغير شهود.. ووجه الدلالة من هذا الأثر أن ابن المنذر أخبر أن النبي ﷺ تزوج صفية من غير شهود ولو كانت الشهادة شرطاً في النكاح لما تركها النبي ﷺ.

وأما المعقول: فقد قالوا فيه أن النكاح عقد من العقود فلم تكن الشهادة شرطًا فيه كالبيع ـ وتناقش هذه الأدلة بما يأتي:

أما الأثر فيقال لهم فيه أنه لا يدل على عدم اشتراط الشهادة في النكاح لأنه يحمل على =

. . . .

= الخصوصية، ومما يؤيد أن ذلك من الخصوصيات ما ورد عنه من الأحاديث القاضية باشتراط الشهادة في النكاح.

ويقال لهم في المعقول: فرق بين البيع والنكاح فإن البيع لا يتعلق به إلاَّ حق المتعاقدين بخلاف النكاح، فإنه يتعلق به حق غير المتعاقدين. وهو الولد لذلك اشترطت فيه الشهادة حتى لا يجحده أبوه. فيضيع نسبه وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى.

وأما الجمهور: فقد استدلوا بالسنة والمعقول.

أما السنة: ـ فأولاً. ما روي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ ـ قال: «والبغايا اللاَّتي ينكحهن أنفسهن بغير بيِّنة» رواه الترمذي. ووجه الدلالة منه أن النبي ـ ﷺ ـ أطلق على النساء اللاتي ينكحن من غير بينة بغايا. فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح وألا لما سماهن بغايا.

وثانيًا: بما روي عن عمران بن حصين رضي الله عنه عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «ولا نكاح إلاَّ بولي وشاهدي عدل» ووجه الدلالة من الحديث أن الظاهر أن النفي يتوجه إلى نفس الفعل ونجد أن الفعل يوجد من غير شهود. فتعين توجه النفي في الحديث إلى الصحة. وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطًا في صحة النكاح لأنه قد استلزم عدمه عدم الصحة، وما كان كذلك فهو شرط وثالثًا: ـ بما أخرجه الحاكم والبيهقي وغيرهما من طريق أبي يوسف محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله ـ ﷺ ـ «أيما امرأة نَكَحَتْ بغيْر إذن من وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل فإن دخل بها فَلَهَا المَهْرُ فَإِنْ اشْتَجَرَوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ» ووجه الدلالة من الحديث أنَّ النبي ـ ﷺ ـ أخبر بأن نكاح المرأة بدون إذن وليها، وشاهدي عدل باطل، فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح.

وأما المعقول، فقد قالوا فيه: إن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد، فاشترطت فيه الشهادة، لئلا يجحده أبوه، فيضيع نسبه.

وقد نوقشت الأحاديث التي تمسك بها الجمهور بما يأتي.

أما حديث ابنِ عباس فقد قيل لهم فيه: أن الترمذي ذكر أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى وأنه قد وقفه مرة، وأن الوقف أصح، ويجاب عن هذه المناقشة. بأن هذا لا يقدح في الحديث؛ لأنَّ عبد الأعلى ثقة فيقبل رفعه وزيادته. وقد يرفع الراوي الحديث وقد يقفه.

وأما حديث عمران بن حصين فقد قيل لهم فيه: أن في إسناده عبد الله بن محرز. وهو متروك، ويجاب عن هذه المناقشة. بأن هذا الحديث رواه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ من وجه آخر عن الحسن مرسلاً وقال هذا، وإن كان منقطعًا فإن أكثر أهل العالم يقولون به.

وأما حديث عائشة فقد نوقش بأن الدارقطني أعلن بأن الثوري ويحيى بن سعيد وغيرهما رووه ولم يذكروا فيه الشاهدين.

ويجاب عن هذه المناقشة. بأن البيهقي نقل عن أبي على الحافظ النيسابوري أنه قال: أبو يوسف الرقي هذا من حفاظ أهل الجزيرة ومتفنيهم ثم ساق الحديث من طرق أخرى.

هذه خلاصة ما نوقشت به الأحاديث التي تمسك بها الجمهور والناظر في الأدلة يرى ترجيح مذهب الجمهور للأحاديث. وهي وإن تكلم فيها إلاَّ أنها بانضمامها يقوي بعضها بعضًا، فيصح الاحتجاجُ بها. لا سيما أن النكاح شرع لمقاصد جليلة يتعلق بها وجود النوع الإنساني على الوجه الأكمل، فلذلك =

. . . .

= وجب أن يمتاز عن سائر العقود باشتراط الشهادة فيه. وأيضًا في الإشهاد على النكاح تمييز له عن السفاح؛ فإن الزنا لا يكون به عادة إلاَّ سِرًّا.

اختلف الجمهور بعد اتفاقهم على أن الشهادة لا بد منها في النكاح. هل هي شرط في صحة أو في تمامه.

فذهب المالكية إلى القول بأن الشهادة شرط في تمام النكاح، وليست شَرْطًا في صحة، فينعقد النكاح عندهم صحيحًا بدون شهادة، ولكن لا يتم إلاَّ بالشهادة. وقالوا الشهادة عند العقد للخروج من الخلاف. وإلى هذا القول ذهب عبد الله بن عمر، وعروة بن الزبير، وعبد الله بن الزبير، والحسن بن علي، ومن المحدثين: عبد الرحمن بن مهدي، ويزيد بن هارون.

وذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى القول بأن الشهادة شرط في صحة النكاح، وأن العقد لو خلا عنها يكون فاسدًا، وقد حكاه في «البحر» عن علي، وعمر، وابن عباس استدل المالكيةُ ومن معهم بالأثر والمعقول.

أما الأثر: ـ فما رواه البخاري قال: حدثنا قتيبة قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر عن حميد عن أنس قال: أقام النبي (ﷺ) بين خيبر والمدينة ثلاثًا، نبينا عليه بصفية بنت حيي، ودعوت المسلمين على وليمة. فما كان فيها من خبز ولا لحم أمر بالأنكاع فألقى فيها من التمر، والأقط، والسمن، فكانت وليمته، فقال المسلمون إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه. فقالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه. فلما ارتحل وطأ لها خلفة، وسدل الحجاب بينها وبين الناس. ووجه الدلالة من هذا الأثر. أن أصحاب النبي (ﷺ) استدلُّوا على أنها من أمهات المؤمنين بالحجاب، ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالإشهاد. وهذا يدلُّ على أن صحة العقد لا تتوقف على الإشهاد.

وأما المعقول. فقد قالوا: إن النكاح عقد على منفعة، فلم تكن مقارنة الشهادة شرطًا في صحة كالإجارة.

وتناقش أدلة المالكية بما يأتي ـ فيقال لهم: إن القصة التي رويت عن أنس لا تدلُّ على أن الشهادة ليست شرطًا في صحة العقد؛ لأن ذلك يحملُ على الخصوصية. وأيضًا فإن هذا لا يفيدكم في قولكم: إن الشهادة شرط في تمام النكاح؛ فإن لم يذكر أن النبي (ﷺ) أشهد بعد العقد.

ويقال لهم: في المعقول فرق بين النكاح والإجارة، فإن الإجارة لا يتعلق بها إلاَّ حق المتعاقدين، بخلاف النكاح فإنه يتعلَّق به حق غير المتعاقدين كما بينا فيما تقدم؛ ولذلك قلنا باشتراط الشهادة في صحته.

وأما الحنفية، والشافعية، ومن معهم فقد استدلوا بحديث: «لا نكاح إلاَّ بولي وشاهدي عدل».

ووجه الدلالة من الحديث: أن النفي في قوله «لا نكاح» يتوجَّه إلى الصحة وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطًا في صحة العقد، وأن العقد لو خلا عنه يكون فاسدًا؛ كما يفسد لو خلا عن الولي.

ويناقش هذا الحديث من قبل المالكية بأن فيه عبد الله بن محرز وهو متروك، وعلى تسليم صحته، فإن معناه: لا نكاح يثبت في الحكم عند المنازعة إلاَّ بشاهدين، وإذا ثبت أن الإشهاد ليس شرطًا في صحة العقد، فهو شرط في تمامه ويجاب عن هذه المناقشة. بأننا لا نسلِّم أن المعنى لا نكاح يثبت في الحكم عند المنازعة، بل معناه لا نكاح يصح إلاَّ بشاهدين؛ لأن نفي الصحة أقرب إلى نفي الوجود، =

وقال مالك: الإِعْلاَنُ شرط دون الإشهاد.

فإن تَوَاصَوْا بالكِتْمَانِ، وإن أشهدوا لم ينعقد؛ لما رُوِيَ عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ»[1]. وضرب الدف على طَرِيقِ الاسْتِحْبَابِ عند الآخرين، والإِعْلاَنُ يَحْصُلُ بالإشهاد.

أما الكَلاَمُ في صفة الولي، خِلاَفَ أنه لا وِلاَيَةَ للرقيق، ولا الصَّغِيرِ، ولا المجنون، ولا المَحْجُورِ عليه بالسَّفَهِ، ولا الشيخ المُفَنَّد، ولا الضعيف الذي لا عِلْمَ له بمواضع الحَظِّ.
أما الفَاسِقُ هل يكون وليًا؟.

اختلف أَصْحَابُنَا فيه: منهم من قَالَ: فيه قولان:

أحدهما ـ وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ: يكون وَلِيًا؛ لأنه ممن يَعْقِدُ النكاح لنفسه بنفسه؛ كالعَدْلِ.

والثاني: لا يكون وَلِيًا. قال ابن عَبَّاسٍ: لا نِكَاحَ إلاَّ بولي مرشد، وشاهدي عَدْلٍ.
ولأن الفِسْقَ نَقْصٌ يؤثر في الشهادة، فيمنع وِلاَيَة النكاح؛ كنقص الرِّقِّ.
وقيل: يكون وليًا قَوْلاً وَاحِدًا.

والمراد من المرشد المُسْلِمُ في قَوْلِ ابن عباس.

= وإذا ثبت أن النكاح لا يصحُّ إلاَّ بشاهدين كانت الشهادة شرطًا في صحته.

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٨) كتاب النكاح: باب إعلان النكاح حديث (١٠٨٩) والبيهقي (٧/ ٢٩٠) كتاب الصداق: باب إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (١/ ١٧٤) وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ٦٢٧) من طريق عيسى بن ميمون عن القاسم بن محمد عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف.
قال الترمذي: حديث غريب وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث وليس هو عيسى ميمون الذي يروي التفسير عن ابن أبي نجيع ذاك ثقة.
وقال البيهقي: عيسى بن ميمون ضعيف.
وقال ابن الجوزي: عيسى بن ميمون قال ابن حبان: منكر الحديث لا يحتج بروايته.
لكن تابعة ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم به أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١١) كتاب النكاح: باب إعلان النكاح حديث (١٨٩٥) والبيهقي (٧/ ٢٩٠) كتاب الصداق: باب إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف وأبو نعيم في «الحلية» (٣/ ٢٦٥) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٤/ ١٣٧) وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ٦٢٧) من طريق خالد بن الياس عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال.
وقال البيهقي: خالد بن إلياس ضعيف.
وقال أبو نعيم: هذا حديث مشهور من حديث القاسم عن عائشة تفرد به خالد. =

وقيل: إن كان الفَاسِق أبًا أو جدًّا في حَقِّ البِكْرِ، فلا وِلاَيَةَ له؛ لأنه ممن يجبر، فربما يميل إلى رفيقه الفاسق، فيزوجها منه، ويترك النَّظَرَ للوالد وإن كان ممن لا يجبر فيكون وَلِيًّا؛ لأنه لا يزوج إلاَّ بإذن المَرْأَةِ، فإن تَرَكَ هو النَّظَرَ لها فهي تَنْظُرُ بنفسها.

والأصح أن الفِسْقَ لا يُزِيلُ الولاية؛ لأن العَضْلَ فسق.

ولم ينقل الشافعي ـ رضي الله عنه ـ به الولاية.

فإن قلنا: الفَاسِقُ لا يكون وليًا، فهل له تَزْوِيجُ أمته [منه]؟[1] فيه وجهان: أحدهما: لا؛ كما لا يُزَوِّجُ ابنته وأخته.

والثاني: له ذلك؛ لأنه يَتَصَرَّفُ في ماله؛ كما يتصرف فيها بالبَيْعِ والإِجَارَةِ.

وإذا تاب الفاسق جَازَ تزويجه في الحال، ولا يشترط مُضِيُّ مُدَّةٍ لاستبراء حاله؛ لأنه يكتفي فيه بالعَدَالَةِ الظاهرة، بخلاف قَبُولِ الشهادة فيه مُضِيُّ مدة لاستبراء حَالِهِ.

والإمام الأَعْظَمُ لا يَنْعَزِلُ بِالفِسْقِ، فيجوز له تَزْوِيجُ بَنَاتِهِ وبنات غيره بالولاية العامة.

والأَعْمَىٰ يكون وليًا؛ على ظاهِرِ المذهب، ولأن شُعَيْبًا ـ عليه السَّلاَمُ ـ زَوَّجَ ابنته من موسى ـ عليه السلام ـ بعد ما كُفَّ بصره.

= وقال ابن الجوزي: خالد بن إلياس قال أحمد بن حنبل: هو متروك الحديث وقال يحيى: لا يكتب حديثه ليس بشيء وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات لا يحل كتابة حديثه إلاَّ تعجبًا.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٨٧): هذا إسناد فيه خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوي وهو ضعيف بل نسبه إلى الوضع ابن حبان والحاكم وأبو سعيد النقاش.

وقال الحافظ ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤/ ٢٠١): وفي إسناده خالد بـن إلياس وهو منكر الحديث قاله أحمد.

وبالجملة فالحديث ضعيف حتى بمجموع الطريقين عن عائشة كما حكم بذلك الترمذي والبيهقي وابن الجوزي والبوصيري وابن حجر وغيرهم.

ولإعلان النكاح شاهد من حديث عبد الله بن الزبير.

أخرجه أحمد (٤/ ٥) والبزار (٢/ ١٦٤ ـ كشف) رقم (١٤٣٣) والحاكم (٢/ ١٨٣) وابن حبان (١٢٨٥ ـ موارد) وأبو نعيم في «الحلية» (٨/ ٣٢٨) والبيهقي (٧/ ٢٨٨) من طريق عبد الله بن وهب قال: حدثني عبد الله بن الأسود عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: أعلنوا النكاح.

قال البزار: لا نعلمه عن ابن الزبير إلاَّ من هذا الوجه.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٩٢) وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير والأوسط ورجال أحمد ثقـات والحديث صححه ابن حبان أيضًا.

(١) سقط في أ.

وقيل: لا يكون وليًا؛ لأنه نَقْصٌ يؤثر في الشهادة كالصِّغَرِ.

وفي الأَخْرَسِ وجهان:
أحدهما: يكون وليًا، ويزوج بِالإِشَارَةِ، كما يَصِحُّ منه سَائِرُ العقود بالإشارة.

والثاني: لا يزوج؛ لأنه ينفذ قوله على الغَيْرِ، فلا يَصِحُّ منه بالإِشَارَةِ كالشَّهَادَةِ.

أما صِفَةُ الشهود فيشترط: الإِسْلَامُ، والعَقْلُ، والبُلُوغُ، والحرية، والذُّكُورَةُ، والعَدَالَةُ في الشاهدين، ولا ينعقد بِشَهَادَةِ فاسقين معلني الفِسْقِ[1]، ولا رجل وامرأتين.

---

(١) يرى بعضُ الفقهاء ممن يشترطون في صحة النكاح الإشهاد أن النكاح يصح إذا شهد على العقد شهود غير عدول، وإلى هذا ذهب الحنفية فقد قالوا: يصح النكاح بشهادة الفاسقين، وهو رواية عن أحمد وذهب الشافعية، والمالكية إلى القول بأن النكاح لا يصح بشهادة الفاسقين، وهو رواية عن أحمد.

استدل الحنفية، ومن وافقهم بالمعقول ـ فقالوا: إن الفاسق من أهل الولاية، فيكون من أهل الشهادة. أما كونه من أهل الولاية، فلأنه يزوج نفسه وعبده وأمته وابنته، ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل. وإذا أثبت أنه من أهل الولاية ـ ثبت كونه من أهل الشهادة؛ لأن الشهادة من باب الولاية.

ويرد هذا الدليل بأننا لا نسلِّم أن كل من كان من أهل الولاية يكون من أهل الشهادة؛ لأن ذلك في الولاية التامة، والفاسق ولايته قاصرة، فلا يكون أهلاً للشهادة؛ إذ الشهادة متعدية إلى غيره فلا يكون أهلاً لها. وأيضًا فهو معقولٌ في مقابلة النصّ، فلا ينهض الاحتجاج به.

وأما الشافعية، والمالكية، ومن وافقهم فقد استدلُّوا بالكتاب، والسنة، والمعقول ـ أما الكتاب فقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ ووجه الدلالة من الآية. أن الله تعالى أمر بإشهاد العدل، والفاسق غير عدل فلا تقبل شهادته في النكاح وغيره.

وأما السنة فيما روي أن النبي (ﷺ) قال: «لا نِكَاحَ إِلاَّ بَوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ» مع غيره من الأحاديث القاضية باشتراط العدالة في الشهود.

وأما المعقول: فأولاً. قالوا: إن الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان إنما يثبت بالعدالة.

وثانيًا: قالوا: إن الشهادة شرطت لإظهار ـ خطر النكاح، تكرمة له وتعظيمًا والفاسق من أهل الإهانة فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره وعليه فالراجح مذهب الشافعية والمالكية ومن وافقهم، وهو فساد النكاح بشهادة الفاسقين، للأحاديث الواردة في الشهادة، فإنها اشترطت العدالة. وهي وإن كانت ضعيفة، إلاّ أنها قد تقوت بكثرتها.

هذا كله في النكاح بشهادة ظاهر الفسق. أما النكاح بشهادة مستوري الحال، فقد اتفق الحنفية، والشافعية، والحنابلة على صحته. وهذا من باب التخفيف على الناس؛ لأن النكاح يكون في المدن والقرى وفي البادية، وفي الناس من لا يعرف حقيقة العدالة، فاعتبار ذلك يشق على الناس؛ ولذلك اكتفى بظاهر الحلال، وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه، خصوصًا في هذا الزمن الذي قلَّت فيه العدالة.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يَنْعَقِدُ بشهادة رَجُلٍ وامرأتين؛ وهو قَوْلُ أحمد، وإسحاق[١].

وعند أبي حنيفة: ينعقد بشهادة فَاسِقَيْنِ معلنين بالفسق، وبالاتفاق لا يثبتِ النِّكَاحُ بين يَدَيِ القاضي بشهادة فاسقين، والحديث حُجَّةٌ عليهم.

وينعقد [النكاح][٢] بشهادة مَسْتُورَيْنِ بالاتفاق، والمَسْتُورُ من يكون عَدْلاً في الظَّاهِرِ، ولا تُعْرَفُ عَدَالَةُ باطنه، بخلاف الحُكْمِ لا يجوز بشهادة المستور؛ لأن الحُكْمَ يكون إلى الحاكم؛ فيمكنه الرجوع إلى المزكين في التَّفَحُّصِ عن العَدَالَةِ الباطنة، والنكاح أَمْرٌ يتولاه العَوَامُّ بأنفسهم؛ فيتعذَّرُ عليهم البَحْثُ عن العدالة الباطنة، فيسقط اِعْتِبَارُهَا، واكتفى بالعَدَالَةِ الظاهرة.

ولا ينعقد بشهادة مَنْ لا تُعْرَفُ عَدَالَةُ ظاهره، ولا من لا يُعْرَفُ حاله في الإسلام والحرية؛ ظَاهِرًا وباطنًا.

ولو عَقَدَ بشهادة مستورين، ثم بَانَ أنهما كانا فاسقين يوم العَقْدِ، فالنكاح مَرْدُودٌ؛ على الصحيح من المذهب.

وقيل: فيه قَوْلاَنِ؛ كما قلنا في القَاضِي إذا قَضَى بشهادة رجلين، ثم بَانَ فِسْقُهُمَا هل يُنْقَضُ القضاء؟ فيه طريقان.

---

(١) اتفق الفقهاءُ على القول بأن شهادة النساء مع الرجال تقبل في الأموال، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ كما اتفقوا على أن شهادة النساءِ منفردات لا تقبل، إلاَّ فيما لا يمكن أو يطلع عليه الرجال؛ مثل عيوب الفرج.

واختلفوا في النكاح بشهادة رجل وامرأتين هل يصح أو لا يصح.

فذهب الحنفية وجماعة إلى القول بصحة النكاح بشهادة رجل وامرأتين واستدلوا على ذلك بالمعقول ـ فقالوا: إن النكاح عقد معاوضة، فوجب أن يصح بشهادتهن مع الرجال كالبيع ـ ويرد هذا الدليل بالفرق بين النكاح والبيع. فإن البيع المقصود منه المال، وقد ثبت بالنص قبول شهادتهن في الأموال. بخلاف النكاح فإنه ليس بمال، ولا المقصود منه المال؛ ولأنه يحتاط فيه أكثر من البيع.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول بأن النكاح لا يصح، ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين؛ لأن الذكورية عندهم شرط في الشهادة في النكاح، وهو قول النخعي، والأوزاعي.

وقد استدل المالكية، ومن معهم بما يأتي:

أولاً: ما روي عن الزهري أنه قال مضت السنة عن رسول الله (ﷺ) أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح والطلاق. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله (ﷺ).

ثانياً: قالوا: إن النكاح ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويحضره الرجال في غالب الأحوال، فلا يثبت بشهادتهن كالحدود.

(٢) سقط في أ.

ولا يقبل قَوْلُ الشاهدين إن كانا فاسقين، إنما يَثْبُتُ ذلك بِبَيِّنَةٍ تَقُومُ على فسقهما، أو بِتَقَارِّ الزوجين، وهل يَنْعَقِدُ بشهادة الأعمى؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا ينعقد؛ كشهادة الأَصَمِّ[1] الذي لا يسمع قَوْلَ العاقد؛ لأن المُعَايَنَةَ فيه شَرْطٌ[2] كالسماع.

والثاني: ينعقد؛ لأن المَأْمُورَ به حُضُورُ عَدْلَيْنِ وقد وجد.

وفي الأَخْرَسِ أيضًا وجهان وهل ينعقد بشهادة من هو من أهل الحِرَفِ الدنيئة وجهان؛ بناء على الحُكْم بشهادتهم.

وقيل: في ثبوت ولاية النِّكَاحِ لهم وجهان على قَوْلِ مَنْ لا يثبت الولاية للفاسق. والمَذْهَبُ أنه يكون وَلِيًّا وَجْهًا واحدًا.

ولا ينعقد بشهادة الأعجمي الذي لا يعرف لِسَانَ المتعاقدين، ولا بشهادة المُغَفَّلِ الذي لا يعقل[3] شيئًا، وينعقد بِشَهَادَةِ مَنْ يحفظ وينسى عن قَرِيبٍ.

وهل ينعقد بشهادة من كان عَدُوًّا لأحدهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن قَوْلَهُ على عَدُوِّهِ غَيْرُ مَقْبُولٍ.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: ينعقد[4]؛ لأنه لا تُهْمَةَ في حضوره، وكذلك بشهادة ابْنَيْ أحدهما، أو بِشَهَادَةِ أب الزوج، وجد المرأة [فيه][5] وجهان:

أصحهما: أنه ينعقد، فأما شَهَادَةُ أب المَرْأَةِ لا تنعقد؛ لأنه يَكُونُ وليًا.

ولو وكل بالتزويج، وحضر شاهدًا لم يَجُز؛ لأن فعل الوَكِيلِ فِعْلُ الموكل.

ومن قام بِرُكْنٍ في النكاح لا يَقُومُ بِرُكْنٍ آخر؛ كالزوج لا يكون شاهدًا.

وقيل: يَنْعَقِدُ بشهادة ابني أحدهما؛ لأنه يُمْكِنُ إثبات النكاح بشهادتهما إذا جَحَدَ الآخر.

أما شَهَادَةُ الاثنين منهما، أو أحدهما من الزوج، والآخر من الزوجة، أو بشهادة أب الزوج، وابن المَرْأَةِ فيه وجهان.

وكذلك في العَدُوَّيْنِ إذا كَانَا لأحدهما ينعقد؛ لأنه يمكن الإِثْبَاتُ بقولهما إذا كانا

---

(١) في أ: كما لا ينعقد بشهادة الأصم.
(٢) في أ: شرط فيه.
(٣) في أ: يحفظ
(٤) في أ: أنه ينعقد
(٥) سقط من أ.

الجُحُودُ من العدو، فإن كانا عَدُوَّيْنِ لهما، أو أحدهما عَدُوَّ الزوج، والآخر عدو المرأة فيه وجهان.

فَصْلٌ فِي تَزْوِيجِ المُولَّى عَلَيْهِ

قال الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] الآية.

الحر العاقل البالغ لا يجوز لأحد أن يقبل له النِّكَاحَ دون إذنه، فلو قبل فباطل.

وعند أبي حنيفة: موقوف على إجازته. أما الصَّغِيرُ العاقل يَجُوزُ للأب والجد عند عَدَمِ الأب أن يقبل له النِّكَاحَ.

وهل له أن يُزَوِّجَهُ أكثر من امرأة واحدة؟ فيه وجهان:

أصحهما: يجوز أن يَقْبَلَ له نِكَاحَ أَرْبَعٍ إذا رَأَىٰ النَّظَرَ فيه.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه يلزمه المَهْرُ والنفقة مع الاسْتِغْنَاءِ عنه.

ولا يجوز لغير الأب والجد أن يَقْبَلَ النكاح له بحال.

وعند أبي حنيفة: يجوز.

والمَحْجُورُ عليه بالسَّفَهِ لا يجوز له أن يتزوج بغير إِذْنِ الولي؛ لأن النِّكَاحَ يفتقر إلى مُؤَنٍ مالية، وهو مَحْجُورٌ عليه في المال، ولا يجوز لوليه أَنْ يَقْبَلَ له النِّكَاحَ دون أمره؛ لأنه حُرٌّ مكلف.

فإن قَبِلَ له النكاح بإذنه، أو أَذِنَ له في النكاح فنكح، هل يَجُوزُ أم لا؟

نظر: إن لم يكن مُحْتَاجًا إليه لا يَجُوزُ؛ لأن فيه إِتْلَافَ ماله فيما لا نَظَرَ له فيه.

وإن كان محتاجًا إليه لِشَهْوَةٍ، أو يحتاج إلى ذَاتِ مَحْرَمٍ تتولى خِدْمَتَهُ يجوز.

ولا يكتفي بقوله في حاجته؛ حتى يعرف ذلك من طَبْعِهِ؛ لأنه قد يَزِيدُ به إفسادَ المال.

ولا يجوز أن يزوجه أكثر من امْرَأَةٍ واحدة؛ لأن الحَاجَةَ تَنْسَدُّ بواحدة؛ بخلاف الصبي يَجُوزُ للأب أن يقبل له نِكَاحَ أربع؛ لأن تزويجه لا يتوقف على الحَاجَةِ، بل المُرَاعَىٰ فيه النَّظَرُ، وقد يكون النظر والغِبْطَةُ له في جمعهن.

ثم إذا قبل الولي للسَّفِيهِ النكاح بإذنه، فإن قبل بِمَهْرِ المِثْلِ، أو أقل ـ ثبت، وإن قبل بأكثر ـ فالنكاح صحيح؛ على الصحيح من المذهب، والفضل مَرْدُود.

وكذلك لو قبل النكاح لابنه الصغير، أو للمجنون بأكثر من مهر المثل صح؛ على الصحيح، ورُدَّ الفَضْلُ، وإن أَذِنَ الولي للسَّفِيهِ بالنكاح فنكح، جاز؛ لأنه أَهْلٌ لِلْقَبُولِ

بالنكاح؛ كما أنه أَهْلٌ للطلاق، سواء قال: انْكِحْ مَنْ شئت، أو عَيَّنَ امرأة، أو سمى، وقال: تزوج منهن؛ كما لو أَذِنَ لعبد في النكاح.

وقيل: يجب أن يُعَيِّنَ امرأة؛ أو يسمى المَهْرَ، بخلاف العَبْدِ؛ لأن الحجر على العبد لحق السيد، فإذا أطلق الإِذْنَ فقد بَخَسَ حَقَّ نفسه، والحَجْرُ على السَّفِيهِ لِحَقِّ نفسه، ولا يجوز لِلْوَلِيِّ أن يَبْخَسَ بحقه، والأول المَذْهَبُ.

ثم إن أَذِنَ مُطْلَقًا، فتزوج امْرَأَةً بِمَهْر المِثْلِ أو أقل، صح، ولزم المُسَمَّىٰ.

وإن نَكَحَ بأكثر فالنكاح صَحِيحٌ بِمَهْرِ المثلِ، والفَضْلُ مَرْدُودٌ، وكذلك إن سَمَّىٰ امْرَأَةً ولم يسم مهرًا، فنكحها بِمَهْرِ المِثْلِ ثبت.

وإن نَكَحَ بأكثر رُدَّ الفضل.

وإن نكح غير من سمى قال الشيخ: لا يصح النِّكَاحُ.

ولو سمى الولي المَهْرَ، ولم يسم المَرْأَةَ، وقال: انكح امرأة بألف فنكح بألف، نُظِرَ إن كان مَهْرُ مثلها أَلْفًا فأكثر، صَحَّ النِّكَاحُ، ولزم المُسَمَّىٰ، وإن كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ من أَلْفٍ، صح النكاح بِمَهْرِ المِثْلِ [والفضل مردود.

وإن نَكَحَ امرأة بألفين نُظِرَ: إن كان مهر مثلها أَلفًا أو أقل، صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ المثل][1].

وإن كان مَهْرُ مثلها أَكْثَرَ من الألف لا يَصِحُّ النكاح؛ لأن الوَلِيَّ لم يَأْذَنْ بِأَكْثَرَ من الألف، والمَرْأَةُ لا تَرْضَىٰ بدون مَهْرَ المِثْلِ، فلا وَجْهَ إلاَّ الرد.

ولو عين امرأة، وسمى المَهْرَ وَقَالَ: انْكِحْ فلانة بألف. قال الشَّيْخُ رحمه الله: إن لم يَكُنْ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا لم يَصِحَّ الإِذْنُ، وإن كان أَلْفًا فنكح بألف أو أَقَلَّ صح، وإن نَكَحَ بأكثر فَالفَضْلُ مردود، وإن كان مَهْرُ مثلها أَكْثَرَ من ألف، فإن نَكَحَهَا بِأَلْفٍ صح، وإن نكَحَ بأكثر لا يَصِحُّ النكاح؛ كما ذكرنا.

ولو نكح السَّفِيهُ بِغَيْرِ إذن الوَلِيِّ فباطل، ويُفَرِّقُ بينهما، فإن دخل بها قَبْلَ التفرق، فلا حَدَّ عليه، وهل يَجِبُ المَهْرُ؟ فيه قولان:

أحدهما ـ وهو الأصحُّ: لا يَجِبُ؛ كما لا يَجِبُ عليه دَيْنُ المُعَامَلَةِ.

والثاني: يجب؛ لأنه أتلف البُضْعَ؛ كما لو أَتْلَفَ مَالَ إِنسـان يلزمه الضَّمَانُ.

---

(١) سقط في أ.

وقيل: إن لم نوجب المَهْر، يجب أَقَلُّ ما يُسْتَبَاحُ بِهِ البُضْعُ؛ ليقع التَّمْييزُ بينه وبين السِّفَاحِ، وليس بصحيح.

ولو طالب السفيه الولي بالتزويج عند الحَاجَةِ، يجب على الوَلِيِّ الإِجَابَةُ، فلو لم يفعل فتزوج بغير إذنه ـ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه مَحْجُورٌ عليه.

والثاني: يصح؛ لأنه حَقٌّ ثَبَتَ له عَلَى الولي، فإذا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ منه فعل بنفسه؛ كما أن رَبَّ الدَّيْنِ يَسْتَوْفِي الدَّيْنَ من مال الجَاحِدِ[1].

ولو أقر السَّفِيهُ على نَفْسِهِ بالنكاح لا يصح؛ لأنه ليس ممن يُبَاشِرُ بنفسه، أما المَحْجُورُ عليه بالفَلَسِ لو تزوج جاز، وليس له أن يُنْفِقَ من المَالِ الذي في يده، بل مما يكسب.

والعَبْدُ إذا نكح بِغَيْرِ إذن المَوْلَىٰ لا يصح نِكَاحُهُ، فإن أَذِنَ له مَوْلاَهُ فنكح صح، سواء كان المَوْلَىٰ رجلاً أو امرأة؛ لأن العَبْدَ من أَهْلِ قَبُولِ النكاح وامتناعه لكونه مملوكًا، فإذا أذن المَالِكُ صح.

ولو أَجْبَرَهُ المَوْلَىٰ على النكاح ـ وهو بَالِغٌ ـ ففيه قولان.

قال في القديم، وهو قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ: يصح؛ كما لو زَوَّجَ أمته جَبْرًا صح.

وقال في الجديد ـ وهو الأَصَحُّ ـ: لا يصح؛ لأن المُتَصَرَّفَ فيه وهُو بضْعُ العَبْدِ غَيْرُ مملوك له، بدليل أنه لا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهُ ولا بَدَلَ له بملك المولى، بخلاف الأَمَةِ فإن بُضْعَهَا مَمْلُوكٌ له، بدليل أنه يملك اسْتِيفَاءَ منفعته.

وإن لم يَمْلِكِ اسْتِيفَاءَهُ؛ بأن كانت الجارية مَحْرَمًا له، فيكون بَدَلُهُ له إذا وُطِئَتْ.

فإن جوزنا إِجْبَارَ العبد على النكاح، فإن شاء السَّيِّدُ قبل عليه بِغَيْرِ إذنه، وإن شاء أَكْرَهَهُ حتى يقبل فيصح؛ لأنه غير مبطل فيه.

وإن قلنا: لا يجوز إِجْبَارُ العَبْدِ البالغ على النكاح.

فإن كان العبد صَغِيرًا أو مَجْنُونًا فقبل السَّيِّدُ له نِكَاحَ امرأة ـ فيه وجهان:

أصحهما: لا يجوز؛ كالعبد البَالِغِ؛ لأن المُتَصَرَّفَ فيه غَيْرُ مملوك له.

والثاني: يجوز؛ لأنه غَيْرُ مُكَلَّفٍ؛ كما يقبل النِّكَاحَ لابنه الصغير، ولا يقبل للبالغ.

---

(١) في أ: الممتنع.

فإن قلنا: يَجُوزُ الإِجْبَارُ، فلو زوج أَمَتَهُ من عبده الصَّغِيرِ، أو من عَبْدِهِ البالغ، فهل يتولى طَرَفَيْ العقد؟.

فيه وجهان، بناء على أن الجَدَّ إذا زَوَّجَ إحدى نَافِلَتَيْهِ من الأخرى، وتولى طَرَفَيِ العَقْدِ هل يجوز؟ فيه وجهان.

وإن لم نجوز الإِجْبَارَ فأذن العَبْدُ لمولاه في تزويجه، فزوجه أمته، وتولى طَرَفِي العَقْدِ، لا يجوز، لأنه نائب، والنائب لا يتولى طَرَفَيْ العَقْدِ؛ كالوكيل.

فإن قلنا: يَتَوَلَّىٰ طَرَفَيْ العَقْدِ، فعل يحتاج إلى لَفْظَيْنِ؟ فيه وجهان.

ولو أقر المولى على عَبْدِهِ بالنكاح والعبد مُنْكِر، فإن قلنا: يملك إجباره على النكاح، يقبل إقراره عليه، وإلاَّ فلا، وكذلك كُلُّ من يَمْلِكُ إِجْبَارَ امرأة على النِّكَاحِ؛ كالأب في حق البِكْرِ، والمولى في حق الأَمَةِ يقبل إقراره عليها.

ولو دعا العَبْدُ سَيِّدَهُ إلى تزويجه، يستحب أن يُزَوِّجَهُ، وهل يجب؟ فيه قولان:

أصحهما: لا يَجِبُ عليه تَزْوِيجُ أمته إذا طلبت، ولا بَيع مملوكه إذا طلب.

والثاني: يجب تَزْوِيجُهُ؛ كما يجبر المولى على تَزْوِيجِ المَحْجُورِ عليه بالسَّفَهِ إذا طلب، واحتاج إليه.

فإن قلنا: يجب تَزْوِيجُهُ، فإن كان السَّيِّدُ مَحْجُورًا عليه بالسَّفَهِ، يجب على وليه تَزْوِيجُ عبده إذا طلب.

وإن قلنا: لا يَجِبُ تزويجه، فلا يَجُوزُ لوليه تَزْوِيجُهُ؛ لأنه لاَحَظَ للسفيه فيه؛ كما لا يجوز تَزْوِيجُ عبد الصبي؛ لأنه يقطع مَكَاسِبَهُ وبعض مَنَافِعِهِ عنه.

وحكم المُدَبَّرِ والمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بالصفه حُكْمُ العبد القِنِّ.

فأما من بعضه حُرٌّ وبعضه رقيق لا يجوز للسَّيِّدِ إِجْبَارُهُ على النِّكَاحِ؛ لأن بَعْضَهُ حر، ولا له أن ينكح دون إِذْنِ المولى؛ لأن بَعْضَهُ مَمْلُوكٌ، فإن أَذِنَ له فنكح جاز.

ولو أنه دعا السيد إلى تَزْوِيجِهِ، هل يجب عليه الإِجَابَةُ؟ حكمه حكم العبد القِنِّ.

وأما المُكَاتَبُ لا يجبره السَّيِّدُ على النكاح؛ لأنه خَارِجٌ عن تَصَرُّفِهِ، وليس له أن يَنْكِحَ دون إذن المولى؛ لأن مِلْكَهُ عنه لم يزل.

ولو نكح بإذن المولى قيل: فيه قولان؛ بِنَاءً على جَوَازِ تبَرُّعَاتِهِ بإذن المولى؛ لأنه يحتاج إلى صَرْفِ مَكَاسِبِهِ إلى مُؤَنِ النِّكَاحِ.

وقيل ـ وهو الأَصَح ـ: يصح قَوْلاً واحدًا؛ لأنه يعطى المهر والنفقة من مكاسبه بمُقَابَلَةِ

عِوَضٍ يصل إليه وهو البُضْعُ، وفيه منفعة وعفافة؛ كما لو اشترى طَعَامًا فأكله، أو ثَوْبًا فلبسه، فلو طالب المُكَاتَبُ مَوْلاَهُ بتزويجه، وقلنا: يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بإذنه، فهل يجب على المَوْلَى الإِجَابَةُ؟ فيه قولان؛ كالعبد القِنِّ:

أصحهما: لا يجب.

وإذا أَذِنَ السَّيِّدُ لعبده في النِّكَاحِ مطلقًا جاز، ثم إن شاء نَكَحَ حرة، أو أَمَةً.

ولو نكح من بَلَدٍ آخر يجوز، ولكن للسَّيِّدِ مَنْعُهُ من الخُرُوجِ إليها.

ولو أَذِنَ له في نكاح امْرَأَةٍ بعينها فنكح غَيْرَهَا، أو في نِكَاحِ حُرَّةٍ فنَكَحَ أمة، أو في نكاح أمة فنكح حُرَّةً، أو في أن يَنْكِحَ من بَلَدٍ فنكح من بَلَدٍ آخر ـ لم يصح؛ لأنه غَيْرُ مَأْذُونٍ فيه.

وإن نكح العَبْدُ بإذن المَوْلَىٰ، تعلق المَهْرُ والنفقة بِكَسْبِهِ؛ لأنه لما أَذِنَ له في النِّكَاحِ يلزم به المَهْرُ والنفقة، فكأنه أَذِنَ له في صَرْفِ مكاسبه إليه.

ويتعلق بما يكتسب بعد النكاح من الأَكْسَابِ العَامَّةِ والنادرة جميعًا، ولا يَتَعَلَّقُ بما اكْتَسَبَ قبل النكاح، فعليه أن يَصْرِفَ كل يوم كَسْبَهُ إلى النفقة، فإن فضل شيء، فإلى المَهْرِ حتى يتم المَهْرُ، ثم بعده ما فَضَلَ عن النفقة لا يَدَّخِرُهُ، بل يدفعه إلى المولى. وإن كان المهرُ مُؤَجَّلاً، فالمَهْرُ يتعلق بما يكتسبه بعد حُلُولِ الأَجَلِ، فإن نكح العبد بأكثر من مَهْرِ المثل، فَقَدْرُ مهر المِثْلِ يتعلق بِكَسْبِهِ، والفَضْلُ يتعلق بِذِمَّتِهِ حتى يعتق، وكذلك لو قدر السيد له مَهْرًا فزاد عليه، تتعلق الزِّيَادَةُ بذمته.

ولو قال له: انكح بكم شئت، فَنَكَحَ بأكثر من مَهْرِ المِثْلِ، يتعلق الكُلُّ بِكَسْبِهِ.

وهل للعبد أن يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ للمهر والنفقة؟

فيه وجهان؛ بناء على جواز بَيْعِ المؤاجرة.

وفيه قولان إن جوزنا جاز، وإلاَّ فلا يجوز؛ لأنه يتضمن حَجْرًا على المولى في بَيْعِ رَقَبَتِهِ.

وإذا نكح [العبد][1] بإذن السَّيِّدِ، [فلا يكون السَّيِّدُ][2] ضامنًا لِلْمَهْرِ والنفقة، إلا أن يضمن صَرِيحًا. وقال في القديم. المَهْرُ والنفقة على المولى، وهو الصحيح[3]، فلا يطالب

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

به العبد، وإن أعتق أو أفلس السيد.

وإذا أَبْرَأَنا السيد بَرِئَا جميعًا، والأوَّل المَذْهَبُ أنه في كَسْبِ العبد.

فإن لم يكن للعبد كَسْبٌ ففيه قولان:

أحدهما: في ذمة العَبْدِ حتى يعتق، لأنه دَيْنٌ لزمه برضا من له الدَّيْنُ؛ كما لو اسْتَقْرَضَ شَيْئًا يتعلق بذمته.

والثاني: على السيد؛ لأنه لما أَذِنَ له في النِّكَاحِ مع أنه لا كَسْبَ له، فكأنه الْتَزَمَ المُؤَنَ، والمذهب الأول.

وكذلك إذا عجز العَبْدُ عن الكَسْبِ لمرض أو غَيْرِهِ، فلا شَيْءَ على السيد لامرأته، والمرأة بالخِيَارِ إن شاءت فسخت النِّكَاحَ لإعساره، وإن شَاءَتْ أَقَامَتْ معه وَحَقُّهَا في ذِمَّتِهِ.

وإن كان العَبْدُ مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ، فنكح بِإِذْنِ المولى، فبماذا يَتَعَلَّقُ المَهْرُ والنفقة؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحهما: يتعلق بِجَمِيعِ ما في يده من رَأْسِ المال والربح؛ سواء حصل قبل النِّكَاحِ أو بَعْدَهُ؛ لأنه دَيْنٌ لزمه بِعَقْدٍ مأذون فيه كَدَيْنِ التجارة؛ وهذا لأنه لما أَذِنَ له في النِّكَاحِ فكأنه رَضِيَ بأدائه مما في يده.

والثاني: يَتَعَلَّقُ بالربح دون رَأْسِ المَالِ؛ لأن رَأْسَ المال لم يَحْصُلْ بِكَسْبِهِ.

والثالث: يَتَعَلَّقُ بِرِبْحٍ حصل بعد النكاح، فإن لم يكن له رِبْحٌ يَفِي به، فعلى السَّيد؛ لأنه مَشْغُولٌ بعمله، وماذا يجب عليه؟ فيه وجهان:

أصحهما: أَقَلُّ الأمرين من أَجْرِ مِثْلِ عمله، أو كَمَالُ المهر والنفقة.

والثاني: كَمَالُ المهر، ونفقة تلك المدة، بِنَاءً على العبد الجَانِي إذا فَدَاهُ المَوْلَىٰ بماذا يَفْدِي؟ فيه قولان:

أصحهما: بالأقل من قيمته، أو أَرْشِ جِنَايَتِهِ.

ولو نكح العَبْدُ بغير إِذْنِ المولى، فالنكاح بَاطِلٌ، ويفرق بينهما، فإن وَطِئَهَا قبل التَّفْرِيقِ لاَ حَدَّ عليه للشبهة، ويعزر، ويجب مَهْرُ المِثْلِ، وبماذا يتعلّق؟ فيه قولان:

أصحهما: بذمته؛ لأنه وجب برضا مَنْ له الحق كَدَيْنِ المُعَامَلَةِ.

والثاني: يتعلق برقبته يُبَاعُ فيه كَدَيْنِ الإتلاف، هذا إذا نكح حُرَّةً برضاها، أو أمة بِرِضَا مولاها. فإن نكح أَمَةً دون إِذْنِ مولاها فوطئها: من أصحابنا من قال ـ وبه قال ابن الحَدَّادِ ها

هنا ـ: يتعلق المَهْرُ برقبته قَوْلاً وَاحِدًا؛ لأنه لم يُوجَدِ الرضا ممن له الحق، فكان كَدَيْنِ الإتلاف.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أَيْضًا؛ لأن المَهْرَ ـ وإن كان للسيد، ولم يوجد منه الرضا ـ فقد سَقَطَ ذلك بفعل الأمة، فإنها إذا ارْتَدَّتْ، أو أَرْضَعَتْ قبل الدخول سَقَطَ الصَّدَاقُ، فجاز أن تَتَأَخَّرَ ها هنا وإن لم يَرْضَ السيد.

وإن أكره العبد أَمَةً على الزِّنَا يَتَعَلَّقُ [المَهْرُ برقبته][1].

وإذا أَذِنَ لعبده في النكاح، فنكح نكاحًا فاسدًا يُفَرَّقُ بينهما، فإن وطئها قبل التفريق يَجِبُ المهر؛ وهل يتعلق المهر بكسبه؟ فيه قولان:

أحدهما: بلى؛ لوجود الإِذْنِ من المولى.

والثاني وهو الأصح ـ: لا يتعلق بِكَسْبِهِ؛ لأنه أَذِنَ له في عَقْدٍ صحيح، فلا يتناول الفَاسِدَ، فعلى هذا يتعلق بِذِمَّتِهِ أو بِرَقَبَتِهِ؟.

فيه قولان؛ كما لو نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنِ المولى.

وقوله في باب نكاح العَبْدِ: يعطى من مَالٍ إن كان له مَالٌ فهو منقول عن القديم.

وفي القديم: يملك العَبْد بالتمليك، وإن أذن لعبده في النكاح فنكح وَطَلَّقَ، ليس له أن يَنْكِحَ أخرى إلاَّ بِإِذْنٍ جديد؛ لأن إِذْنَهُ الأول يتناول نكاحًا واحدًا، فإن نَكَحَ فاسدًا، فهل له أن يَنْكِحَ أُخرىٰ بالإذن الأول؟

فيه وجهان؛ بناء على أن إذنه هل يَتَنَاوَلُ الفاسد؟

إن قلنا: لا يتناول، له أن ينكح.

وإن قلنا: يتناول، فلا ينكح إلاَّ بإِذْنٍ جديد؛ لأن الإِذْنَ الأَوَّلَ قد ارتفع بالنِّكَاحِ الفاسد.

وإذا نكح العبد بإذن المولى، فللمولى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ بالنهار، ويُخْلِّيَ بينه وبين زَوْجَتِهِ بالليل، وإنما يستخدمه إذا ضَمِنَ حَقَّ المرأة من المَهْرِ والنفقة.

فإن لم يَضْمَنْ عليه أن يرسله بالنهار؛ ليكتسب النَّفَقَةَ، وباللَّيْلِ للاستمتاع.

وكذلك له أن يُسَافِرَ بالعَبْدِ، وإن كان فيه منعه عنها بالليل؛ لأنه مَالِكٌ رَقَبَتَهُ؛ كما لو زَوَّجَ أَمَتَهُ لم يَمْلِكْ مَنْعَ زوجها من الاستمتاع بها، وله أن يُسَافِرَ بها. وإن كان في ضمنه المَنْعُ.

---

(١) في أ: برقبته المهر.

ثم إن سافر المولى [بالعبد][١] فللعبد أن يُسَافِرَ بامرأته معه، وكِرَاءُ مركبها في كَسْبِهِ.

فإن طلب العَبْدُ زَوْجَتَهُ أَن تخرج معه ولم تخرج، أو كانت أمة فمنعها سيدها ـ لا نفقة لها؛ كما لو نَشَزَتْ.

وإن لم يطلبها بالخُرُوجِ معه، فلا يَسْقُطُ حقها باستعمال العَبْدِ في حقه، والسيد ضَامِنٌ لحقها، فعليه أَقَلُّ الأَمْرين من أَجْرِ مِثْلِ المدة[٢] التي يشغله، أو كَمَالُ المَهْرِ، وَنَفَقَةُ تلك المدة؛ على أصح الوجهين.

والثاني: عليه كَمَالُ المَهْرِ، والنفقة لتلك المدة.

فصل فيما لو ملك أحد الزوجين صاحبه

إذا مَلَكَ أَحَدُ الزوجين صَاحِبَهُ بأي سَبَبٍ كان يَنْفَسِخُ النكاح؛ لأن الزَّوْجَ إن مَلَكَ زَوْجَتَهُ، فقد مَلَكَ بُضْعَهَا بِأَقْوَىٰ الملكين، وهو مِلْكُ اليمين، فيرتفع الأَضْعَفُ.

وإن ملكت المَرْأَةُ زوجها، فلو أبقينا مِلْكَ النِّكَاحِ مع مِلْكِ اليمين لَتَنَاقَضَتِ الأَحْكَامُ؛ لأنها تُطَالِبُهُ بنفقة النِّكَاحِ، وهو يطالبها بنفقة مِلْكِ اليَمِينِ، وهو يقول: أنا أُسَافِرُ بك إلى بلد كذا، لأنك زَوْجَتِي، وهي تَقُولُ: أخرجك إلى بلد كذا؛ لأنك عَبْدِي، ومتى دَعَاهَا إلى فِرَاشِهِ لحق الزوجية، لها أن تبعثه في شغلها لحق الملك، فلم يمكن الجَمْعُ بينهما فأثبتنا الأقوى؛ وهو مِلْكُ اليمين؛ لأنه يملك به الرقبة والمنفعة جميعًا، فأبطلنا الأَضْعَفَ، وهو مِلْكُ النكاح؛ لأنه لا يُمْلَكُ به إلاَّ نَوْعٌ مخصوص من المنفعة.

ثم إن اشترى الزوج زَوْجَتَهُ بعد الدُّخُولِ، فعليه المَهْرُ للبائع، وإن اشترت المَرْأَةُ زَوْجَهَا بعد الدخول، وقد مَلَكَتْهُ ولها عليه المَهْرُ، فهل يسقط بالمِلْكِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقط؛ لأن المَوْلَىٰ لا يثبت له على عَبْدِهِ دين ابتداءً وكذلك لا يَدُومُ.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: لا يَسْقُطُ، بل يكون في ذِمَّتِهِ، لأن الدَّوَامَ أَقْوَى من الابتداء؛ كما أن العِدَّةَ عن الغَيْرِ تَمْنَعُ ابتداء النِّكَاحِ، ولا تَرْفَعُ دوامه.

أما إذا مَلَكَ أحدهما صَاحِبَهُ قبل الدخول ـ نظر: إن مَلَكَتِ المَرْأَةُ زوجها، فلا مَهْرَ لها؛ لأن سَبَبَ الفَسْخِ من قبلها، وإن مَلَكَهَا الزوج، نص على أنه يَجِبُ لها نِصْفُ المهر، ونَصَّ فيما إذا كانت مفوضة، فملكها الزَّوْجُ لا مُتْعَةَ لها، فقد قيل: فيهما قولان.

والصَّحِيحُ من المذهب: الفَرْقُ بينهما، وهو أنه يَجِبُ نِصْفُ المَهْرِ للبائع إذا كان في

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: من أجر مثل العبد للمدة.

العقد مسمى، لأن المَهْرَ وَجَبَ بِالعَقْدِ، والعَقْدُ كان في مِلْكِ البائع، فوجب له نِصْفُ المهر، وفي التفويض لا تَجِبُ المتعة؛ لأنها تجب حيث تَجِبُ بالفراق، والفِرَاقُ كان في مِلْكِ المشتري ها هنا، فلو أوجبنا لَوَجَبَ له على نفسه، ألا تَرَىٰ أنه لو باعها من غير الزوج، ثم طلقها الزَّوْجُ قبل الدخول ـ يجب نصف المَهْرِ للبائع، وإن كانت مفوضة تجب المُتْعَةُ للمشتري.

ولم نكح رَجُلٌ جارِيَةً للأب، أو جَارِيَةً للأخ، ثم مَاتَ المَالِكُ قبل الدخول، وملكها الزوج بالإرث ـ انْفَسَخَ النِّكَاحُ.

قال ابْنُ الحَدَّادِ: ولا صَدَاقَ لها، وإن كان الأَبُ قد أخذ واستنفق يسترد من التركة؛ لأنه لا صُنْعَ من جِهَتِهِ في الفَسْخ.

وأصحابنا قالوا: يجب عليه نِصْفُ الصَّدَاقِ؛ لأن الفَسْخَ لم يكن من قِبَلِها، كما لو وَطِىءَ أب الزوج أو ابنه زوجته قبل الدُّخُولِ بالشبهة ـ يرتفع النكاح، وَيَجِبُ على الزَّوْجِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وكما لو أرضعت الزَّوْجَةُ الكبيرة الصَّغِيرَةَ ينفسخ النكاح، ويجب للصَّغِيرَةِ نِصْفُ الصداق؛ لأنه لا صُنْعَ من قبلها في الفَسْخِ، وإن لم يَكُنْ من الزوج صُنْعٌ.

ومن نصفه حُرٌّ ونصفه رَقِيقٌ إذا اشْتَرَىٰ زَوْجَتَهُ نظر؛ إن لم يكن بينه وبين السيد مُهَايَأةٌ، فاشتراها بِمَالٍ من كَسْبِهِ بِإِذْنِ سيده، ملك نِصْفَهَا، وبطل النكاح.

وإن فعل بغير إذن سيده لم يَصِحَّ في نصيب سيده، وفي نصيبه قَوْلاً تَفْرِيقِ الصفقة.

فإن صَحَّحْنَا في نصيبه، بَطَلَ النكاح، وإلاَّ فلا.

وإن كان بينه وبين السَّيِّدِ مُهَايَأَةٌ، فإن اشترى في يوم نفسه بِخَالِصِ ماله، صح وبطل النكاح.

وإن اشترى في يوم سيده بما خلص لسيده بإذنه، صَحَّ النِّكَاحُ بحاله، وكذلك الأَمَةُ التي نِصْفُهَا حُرٌّ إذا اشترت زوجها.

ولو نكح العَبْدُ بِإِذْنِ سيده بألف، وضَمِنَ عنه السيد تِلْكَ الأَلْفَ لها ـ جاز؛ لأنه ضَمَانُ حَقٍّ واجب، ثم إن لم يكن للعبد كَسْبٌ، فلها مُطَالَبَةُ السيد به، وإن كان له كسب، فلها مطالبة أيهما شاءت.

فلو باعه السَّيِّدُ من زوجته بِأَلْفٍ، نظر إن كانت الزَّوْجَةُ أَمَةً، فاشترته بِإِذْنِ مَوْلاَهَا، أو كانت مَأْذُونَةً في التجارة فاشترته ـ صح الشِّرَاءُ والنكاح بِحَالِهِ؛ لأن المِلْكَ يقع لِلْمَوْلَىٰ؛ سَوَاءً كان قبل الدخول أو بعده، وَسَوَاءً باع بِأَلْفِ الصَّدَاقِ، أو بِأَلْفٍ أخرى، غير أنه إذا باع بِأَلْفِ الصَّدَاقِ سقط الضَّمَانُ عن المولى.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: وَيُسْقُطُ عن العَبْدِ أيضًا؛ لأن الضَّامِنَ إذا أَدَّىٰ الدَّيْنَ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المضمون عنه عن حق المضمون له، ولا رُجُوعَ للمولى على العَبْدِ؛ كما لو ضَمِنَ عن عبده دَيْنًا، فأدى في حال رِقِّهِ قال رضي الله عنه: وإن بَاعَهُ بألف مُطْلَقًا، هل يَسْقُطُ الصَّدَاقُ عن الزوج؛ لأنه صار مِلْكًا لمستحق الصَّدَاقِ، وهو مَالِكُ الأَمَةِ؟

فيه وجهان:

فإن قلنا: يَسْقُطُ يَبْرَأُ البائع عن الضَّمَانِ؛ لبراءة الأَصْلِ، وعلى المشتري الثمن.

فإن قلنا: لا يسقط، فلسيد الأَمَةِ على البائع أَلْفُ الضمان، وللبائع عليه أَلْفُ الثمن، فَيَتَقَاصَّانِ.

قال رحمه الله: فإذا تَقَاصَّا، سقط حَقُّ المشتري عن ذِمَّةِ العَبْدِ؛ لأنه استوفى حَقَّهُ من البَائِعِ بهذا التَّقَاصِّ، ويصير كَمَا لو ضَمِنَ عن عَبْدِهِ دَيْنًا، ثم أدى عنه بعد بَيْعِهِ، فلا رُجُوعَ له.

فأما إذا كانت الزَّوْجَةُ حُرَّةً باعه السيد منها؛ نُظِرَ: إن بَاعَهُ بِغَيْرِ أَلْفِ الصداق، أو بألف مُطْلَقًا ـ صح البيع، وانفسخ النِّكَاحُ، ثم إن كان قبل الدخول، سَقَطَ صَدَاقُهَا؛ لأن الفَسْخَ جاء من قِبَلِهَا قبل الدُّخُولِ، ويجب عليها الثَّمَنُ، ويَبْرَأُ السيد عن الضَّمَانِ بسُقُوطِ الصَّدَاقِ عن العبد، وإن كان بعد الدخول، ولا يسقط المَهْرُ بانفساخ النكاح، وهل يسقط بِمِلْكِهَا الزَّوْجَ؟ وجهان:

فإن قلنا: يسقط، يبرأ البائع عن الضمان، وعليها الثمن.

وإن قلنا: لا يسقط ـ وهو الأَصَحُّ ـ فَيَتَقَاصَّانِ.

وإن باعه منها بِأَلْفِ الصداق؛ نظر: إن كان قبل الدُّخول لا يَصِحُّ البيع؛ لأنا لو صححنا البَيْعَ انفسخ النكاح، وإذا انفسخ النِّكَاحُ سقط الصَّدَاقُ، وإذا سقط الصداق بَطَلَ الثَّمَنُ، ولا يصح البيع بلا ثَمَنٍ، ففي تصحيح البيع إبطاله؛ فلم يصح.

وكذلك لو دفع دينارًا إلى عبده؛ لينكح عليه امْرَأَةً، ففعل، ثم اشترت المرأة زوجها بِعَيْنِ ذلك الدينار قبل الدخول ـ لا يصح؛ لما ذكرناه.

وإن كان بعد الدُّخُولِ باعه منها بألف الصداق ـ فالمَذْهَبُ أن البيع صحيح؛ لأن المَهْرَ قد اسْتَقَرَّ بالدخول، فلا يَسْقُطُ بانفساخ النكاح، ولا شَيْءَ لأحدهما على الآخر، وهذا صَحِيحٌ على المَذْهَبِ الصحيح الذي يقول: إنه إذا كان له على عبد الغَيْرِ دَيْنٌ، فملكه، لا يسقط.

أما إذا قلنا: يَسْقُطُ، ففي صِحَّةِ البَيْعِ وجهان: أحدهما: لا يصح؛ لأن المِلْكَ يُوجِبُ

سُقُوطَ الصداق، وفي سقوط الصَّدَاقِ سُقُوطَ اليمين.

والثاني - وهو الأصح -: يصح، بِخِلَافِ ما قبل الدُّخُولِ؛ لأن سُقُوطَ الصداق تَمَّ بانفساخ النِّكَاحِ؛ بدليل أنه إذا كان مَقْبُوضًا يَجِبُ رده، فإذا جعله ثمنًا لم يَجُزْ سُقُوطُ الصَّدَاقِ ها هنا ليس بانفساخ النِّكَاحِ، بل بحدوث المِلْكِ في الرَّقَبَةِ؛ إذ لا يَجُوزُ أن يَكُونَ للمالك في رَقَبَةِ عبده دَيْنٌ، بدليل أنه إذا مَقْبُوضًا لا يَجِبُ رده.

وإذا جعل الصَّدَاقَ ثَمَنًا، صار كأنها اسْتَوْفَتِ الصَّدَاق قبل انْبِرَامِ البيع، فحصل المِلْكُ، ولا شيء لها عليه.

وكيف يسقط؟

قال الشيخ - رحمه الله -: فإذا لم يكن السَّيِّدُ ضَامِنًا، فباعه بِأَلْفِ الصداق، لا يصح؛ لأنه يَبِيعُ العَبْدُ بما في كَسْبِهِ.

وإذا نكح العبد بإِذْنِ المولى، ثم باعه المَوْلَىٰ من أجنبي، ثم طَلَّقَ العَبْدُ امْرَأَتَهُ قبل الدخول فإن كان قبل أداء المَهْرِ، فنصف المَهْرِ لها في كسبه، وإن كان بعد الأَدَاءِ يَجِبُ عليها رَدُّ نِصْفِ المَهْرِ.

ولمن يكون؟ فيه أوجه.

وكذلك إذا ارْتَدَّتْ قبل الدُّخُولِ أو فَسَخَ أَحَدُهُمَا النِّكَاحَ بِعَيْبٍ وجد بصاحبه، أو عتقت واختارت الفَسْخَ - فإلى من يعود كُلُّ الصداق[1]؟ فيه أوجه:

أصحها - وهو قول أَكْثَرَ الأصحاب -: يكون للمشتري؛ سواء أَدَّىٰ العَبْدُ ذلك قبل البَيْعِ أو بعده، أو أَدَّاهُ البَائِعُ من مال نفسه؛ لأنه مِلْكٌ يَحْدُثُ بالطلاق، والطَّلَاقُ كان في ملك المشتري:

والثاني - قاله ابْنُ الحَدَّاد -: إن أداه بعد البَيْعِ، فيكون للمشتري، وإن أَدَّىٰ قبل البيع، فللبائع؛ لأنه أَدَّاهُ من ملكه، وقد يَكُونُ للبائع بكل حَالٍ؛ لأنه لَزِمَهُ في مِلْكِهِ، فإذا بَاعَهُ، فكأنه استثنى لنفسه.

ولو أعتقه المَوْلَىٰ، ثم طلقها قبل الدخول بها؛ فحيث قُلْنَا في البيع: يَعُودُ إلى المشتري - ففي العِتْقِ يكون الزوج.

وإن قلنا في البَيْعِ: يعود إلى البائع، ففي العِتْقِ يكون لِلْمَوْلَىٰ.

والأصح: أنه للزوج.

---

(١) في أ: يعود الصداق.

وكذلك لو ضمن السيد المَهْرَ عن عبده، وأدى بعد عتقه لا يَرْجِعُ بما أدى على العبد؛ لأن حكم الضمان سَبَقَ العِتْقَ.

ولو طلقها الزوج بعد العِتْقِ قبل الدخول، وقد أَدَّىٰ السَّيِّدُ المَهْرَ، فيرجع نِصْفُهُ إلى الزوج؛ على الصحيح من المَذْهَبِ، وصار كأنه ملكه، ثم أدى عنه.

وقيل: إلى المَوْلَىٰ.

وقيل: إن أدى قبل عتق العبد يرجع إلى المَوْلَىٰ، وإن أدى بعده، فإلى الزوج.

ولو أذن لعبده في أن يَنْكِحَ، ويجعل لنفسه صَدَاقًا ففعل، أو قبل له المولى بنكاح امرأة بإذنه، وجعل رقبته صداقًا ـ نظر: إن نَكَحَ حُرَّةً لم يصح؛ لأن العَقْدَ والفَسْخَ يَقَعَانِ مَعًا.

وإن نكح أمة صح، وصار الزَّوْجُ مِلْكًا لمالك الأمة، ثم إذا طلقها قبل الدُّخُولِ، أو ارتد، أو فسخ النكاح بِعَيْبٍ تكون رَقَبَةُ العَبْدِ ملكًا لمالك الأمة ـ كما كان ـ على المذهب الصحيح الذي يقول في الصداق. يَعُودُ إلى المشتري.

فإن قلنا في البيع: يكون نِصْفُ الصداق للبائع، فهاهنا بِالطَّلَاقِ عاد نِصْفُ رَقَبَةِ العَبْدِ إلى الأول، وبالردة والفسخ بالعَيْب، يعود جميع العبد إليه.

ولو قبل نِكَاحَ أَمَةٍ لعبده الصَّغِيرِ، وجوزنا؛ على أن تَكُونَ رَقَبَةُ العَبْدِ صَدَاقًا لها، ثم الأَمَةُ أرضعت الزوج ـ انفسخ النِّكَاحُ، والعبد لمالك الأَمَةِ لا يَعُودُ إلى السيد المُزَوِّجِ؛ على الوَجْهِ الأصح.

وعلى الثاني: يعود إلى السَّيِّدِ المزوج.

ولو أعتق مَالِكُ الأمة العَبْدَ، ثم طلقها قبل الدُّخُول ـ يجب على مالك الأمة نِصْفُ قيمة العبد.

وإن ارتدت، أو فسخ النكاح بِعَيْبٍ، فعليه جَمِيعُ قِيمَةِ العبد، ويكون للزوج الذي عتق؛ لأنه مَلَكَ نَفْسَهُ بالعتق؛ على الصحيح من المذهب الذي يقول: يَعُودُ نِصْفُ الصداق إلى المشتري في البيع، وعلى الآخَرِ يكون للسيد الأول.

ولو باع مَالِكُ الأمة العَبْدَ، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ الدخول ـ فعلى الوَجْهِ الأصح: لا شيء عليه.

وعلى الوجه الآخر: يجب على مَالِكِ الأمة نِصْفُ قيمة العبد، وفي الردة والفَسْخِ جَمِيعُ القيمة للسيد المزوج؛ لأن العَبْدَ خَرَجَ عن ملكه، فيغرم قيمته.

ولو باع مَالِكُ الأمة ثم طلقها العَبْدُ قبل الدخول ـ فعلى الوجه الأصح: العَبْدُ بَاقٍ على مِلْكِ بائع الأمة، وكذلك في الردة ولا شَيْء عليه.

وعلى الوجه الآخر: يعود نِصْفُ العَبْدِ في الطلاق، وفي الردة والفَسْخِ كله إلى السيد المُزَوِّجِ.

فَصْلٌ فِي عِتْقِ الأَمَةِ بِشَرْطِ النِّكَاحِ

رُوِيَ عن أَنَسٍ؛ أن النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ، وَتَزَوَّجَهَا، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا[1].

إذا قال الرجل لأَمَتِهِ: أعتقتك على أن تنكحيني، أو على أن أنكحك، فلا تعتق؛ حتى تَقْبَلَ في الحَالِ؛ سواء قال: وعتقك صَدَاقُكِ، أو لم يقل.

وكذلك لو قالت الأَمَةُ ابْتِدَاءً: أعتقني على أن أنكحك؛ سواء قالت: عِتْقِي صَدَاقِي، أو لم تَقُلْ فقال: أعتقتك عتقت، ولا يَجِبُ عليها أن تنكحه، لأنه سَلَمٌ في عقد؛ كما لو قال: أعطيتك أَلْفًا على أن تَنْكِحِينِي لا يصح، ولكنها عتقت للشرط. وتجب عليها قيمة رقبتها للمولى؛ لأنه لم يَرْضَ بإعتاقها مَجَّانًا، وهذا بِخِلَافِ ما لو قالت المَرْأَةُ لعبدها: أعتقتك على أن تنكحني يعتق بلا قَبُولٍ، ولا شيء عليه.

والفَرْقُ: أن بُضْعَ العَبْدِ غير مُتَقَوِّمٍ، فهي لم تَشْتَرِطْ عليه شيئًا بل وَعَدَتْ لَهُ وَعْدًا جَمِيلاً؛ وهو أن تكون زوجة له؛ كما لو قال: أعتقتك على أن أعطيك أَلْفًا تعتق، ولا شَيْءَ لأحدهما على الآخَرِ، وبُضْعُ الأمة مُتَقَوِّمٌ، وقد شرط عليها النكاح، وهو عَقْدٌ لا يثبت في

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١٢٩) كتاب النكاح ـ باب من جعل عتق الأمة صدقها ـ حديث (٥٠٨٦) ومسلم (٢/ ١٠٤٥) كتاب النكاح ـ باب فضيلة إعتاقه أمه ثم يتزوجها ـ الحديث (٨٥/ ١٣٦٥) وأبو داود (٢/ ٥٤٣، ٥٤٥) كتاب النكاح. باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها الحديث (٢٠٥٤) والترمذي (٣/ ٤٢٣) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها الحديث (١١١٥) والنسائي (٦/ ١١٤) كتاب النكاح ـ باب التزويج على العتق، وابن ماجة (١/ ٦٢٩) كتاب النكاح ـ باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها الحديث (١٩٥٧) وأحمد (٣/ ١٨١) والدارمي (٢/ ١٥٤) كتاب النكاح: باب في الأمة يجعل عتقها صداقها. والطيالسي (١/ ٣٠٧ ـ منحة) رقم (١٥٦٤) وعبد الرزاق (١٣١٠٧) وأبو يعلى (٥/ ٣٨٨) رقم (٣٠٥٠) والطبراني في «الصغير» (٢/ ١٦) والبيهقي (٧/ ١٢٨) كتاب النكاح: باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها.

كلهم من حديث أنس: «أن النبي ﷺ أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها» وفي لفظ أخرجه البخاري (١/ ٤٨٠) كتاب الصلاة، باب ما ذكر في الفخذ الحديث (٣٨١) ومسلم (٢/ ١٠٤٤) كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمه ثم يتزوجها، الحديث (٨٤/ ١٣٦٥) أنه «أعتق صفية وتزوجها، فقال له ثابت: ما أصدقها؟ قال: نفسها، أعتقها وتزوجها».

الذِّمَّةِ، ففسد العِوَضُ، ولزمها قِيمَةُ الرقبة؛ كما لو أعتقها على عِوَضٍ فاسد، وَيَجِبُ عليها للمولى قِيمَةُ رقبتها.

قال الأَوْزَاعِيُّ [وابن أبي لَيْلَىٰ][1]: يجب على الأمة أن تنكحه؛ كما لو أعتقها على خِيَاطَةِ ثَوْبٍ، أو عَمَلٍ معلوم، ويلزمها ذلك.

قلنا: الخِيَاطَةُ عمل، والعمل يثبت في الذمة، والنكاح عَقْدٌ، فلا يثبت في الذِّمَّةِ، فالعِتْقُ على النكاح؛ كالمُسْلِمِ فيه.

ولو أَسْلَمَ رَجُلٌ دَرَاهِمَ إلى امرأة ليتزوجها، لم يَجُزْ ذلك، كذلك هذا.

وقال أَحْمَدُ: إذا أعتقها على أن تنكحه، تعتق، وتَصِيرُ زَوْجَةً له؛ لحديث صَفِيَّةَ، ولا حُجَّةَ له فيه؛ لأن النَّبِيَّ - ﷺ - أعتقها بلا شَرْطٍ، ثم تَزَوَّجَهَا بَعْدُ، وكان مَخْصُوصًا بأن يجعل العتق المَاضِي صَدَاقًا كما كان يَجُوزُ له أن ينكح بلا مَهْرٍ.

فإذا أعتقها على أن تنكحه، وَرَغِبَتْ فيه، فلا يَجِبُ ذلك على السَّيِّدِ، وله طَلَبُ القِيمَةِ، فإن رَغِبَتْ فيه، فلا يَجِبُ ذلك على السَّيِّدِ، وله طَلَبُ القِيمَةِ، فإن رغبت ونكحها، أو جعل القِيمَةَ التي له عليها صَدَاقًا - صح النِّكَاحُ.

ثم إن كانا عالمين حَالَةَ النِّكَاحِ بِقَدْرِ قيمتها، سَقَطَ عنها القيمة، وإن كانا جَاهِلَيْنِ [أو أحدهما][2]، فسدت التسمية، ولها عليه مَهْرُ المِثْلِ، وله عليها القيمة..

ولو نكحها وجعل الصَّداقَ صَدَاقًا لها، صح النِّكَاحُ، ولها مَهْرُ المِثْلِ؛ لأن العِتْقَ الماضي لا يمكن أن يُجْعَلَ صَدَاقًا؛ لأنه سبق النكاح والصَّدَاق ما يلزمه بالعقد؛ كما لو نَكَحَهَا على أن يُعْتِقَ عَبْدَهُ عن كَفَّارَتِهَا لا يصح المُسَمَّىٰ؛ لأنه لا يَلْزَمُ الإِعْتَاقُ بنفس العَقْدِ.

وقال ابن خَيْرَانَ: الحِيلَةُ في أن يلزمها أن تنكحه وإن لم تنكح لا يعتق - أن يقول لها: إن كان في عِلْمِ الله أني إذا أعتقتك أَنْكَحُكِ أَوْ تَنْكَحِينِي - فأنت حُرَّةٌ. فإذا نكحته عَلِمْنَا أنها حُرَّة[3] باللفظ، وإن لم تنكح عَلِمْنَا أنها لم تعتق لِعَدَمِ الشرط.

والمَذْهَبُ: أن هذا لا يَصِحُّ، فلا يحصل به العِتْقُ، ولا يصح النِّكَاحُ؛ لأنه شَاكٌّ حَالَةَ النِّكَاحِ أنها حُرَّةٌ أو أمة؛ كما لو قال لأمته: إن دخلت الدَّارَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ قبله بِشَهْرٍ، ثم أَرَادَ أن يَنْكِحَهَا في الحَالِ لا يجوز، وكما لو بُشِّرَ بِمَوْلُودٍ فقال لجليسه: إن كان أنثى فقد زوجتكها فقبل، فَبَانَ [أنها][4] أنثى - لم يصح.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: عتقت.
(٤) سقط في أ.

وإذا لم يَصِحَّ النكاح الذي هو شَرْطٌ، لم يحصل العِتْقُ. وحكم المُدَبَّرَةِ، وأم الولد، والمُكَاتَبَةِ، والمعتق بعضها حُكْمُ القِنَّةِ في الإعتاق على أن تنكحه.

ولو قال لرجل: اعتق عبدك، أو أَمَتَكَ عنك؛ على أن أنكحك ابنتي؛ ففعل ـ عتق، ولا يَجِبُ على السَّائِلِ تَزْوِيجُ ابنته منه.

وهل يجب عليه قِيمَةُ العَبْدِ؟ فيه وجهان؛ كما لو قال: اعتق عبدك عنك، ولك عَلَيَّ أَلْفٌ، ففعل ـ عَتَقَ، وهل يَسْتَحِقُّ الأَلْفَ؟ فيه وجهان.

الأصح: أنه لا يستحق؛ لأنه لا يَقِعُ للقائل، بل يَعُودُ إليه. والله أعلم.

بَابُ اجْتِمَاعِ الوُلاَةِ

رُوِيَ عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قَالَ: لاَ تُنْكَحُ المَرْأَةُ إلاَّ بإذن وليها، أو ذَوِي الرأي من أهلها، أو السُّلْطَانِ[١].

وِلاَيَةُ النكاح تُثْبُتُ لعصبات النَّسَب، ولعصبات الوَلاَءِ، وللسلطان، فَيَقَدم عَصَبَاتُ النَّسَبِ، ثم عصبات الولاءِ، فإن لم يكن أحد منهم فالسُّلْطَانُ يزوج.

وإذا اجتمع أَوْلِيَاءُ بعضهم أقرب من بعض، فلا يَصِحُّ تزويج الأَبْعَدِ مع وجود الأقرب، والأَقْرَبُ لا يَحْتَاجُ في التَّزْوِيج إلى إذْنِ الأبعد. وترتيب عَصَبَاتِ النَّسَبَ في التزويج كَتَرْتِيبِهِم في المِيرَاثِ، إلا في ثلاث مَسَائِل:

إِحْدَاهَا: أَن الابن عَصَبَةٌ في الميراث، وليس له وِلاَيَةُ تزويج الأم بِحَقِّ البُنُوَّةِ، إلا أن يكون ابْنَ ابِنِ عَمِّ الأم، أو مُعْتَقاً لها، أو قاضياً، وليس لها وَلِيٌّ أَقْرَبَ، فحينئذ يُزَوِّجُ الابن ببنوة العم، أو بالوَلاَءِ، أو بالقَضَاءِ.

وإن كان ابْنُهَا ابْنَ أخيها، أو ابْنَ عمها، ويكون ذلك في أَنْسَابِ المَجُوسِ، أو بالوَطْءِ، بالشُّبهـةِ فله أن يزوجها به.

وقال أبو حنيفة: للابن التَّزْوِيجُ بحق البُنُوَّةِ، وهو أولى من الأب.

قلنا: وِلاَيَةُ التزويج تُثْبُتُ لعَصَبَاتِ النسب، لِدَفْعِ العار عن النَسَبِ، ولا مُشَارَكَة بين الأم والابن في النَّسَبِ، فلا يثبت له وِلاَيَةُ التزويج؛ كالخال.

وإن كان بينهما مُشَارَكَةٌ في النَّسَبِ ببنوة العم؛ كما ذكرنا ـ فحينئذ تثبت.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٢٥) كتاب النكاح: باب استئذان البكر والأيم من أنفسهما.

والمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: هي أن الجَدَّ مع الأخ يَشْتَرِكَانِ في الميراث، وفي النِّكَاحِ: الجد وإن عملا أَوْلى بالتزويج من الأخ؛ لأن طَرِيقَهُ طَرِيقُ الولاية المَحْضَةِ، والأخ لا وِلايَةَ له في مَالِ الأخت بحال، والجَدُّ له وِلاَيَةُ التزويج، والمَالُ جميعاً؛ فيرجح جَانِبَهُ.

والثالثة: هي أَنَّ الأخ [للأب والأم][1] أَوْلَى في المِيرَاثِ من الأَخ للأب، وفي النِّكَاحِ قَوْلاَنِ: أصحهما وهو قوله الجديد، ومذهب أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ الأخ [للأب والأم][2] أولى؛ كما في الميراث.

وقال في القديم: هما سَوَاءٌ؛ لأن أُخُوَّةَ الأمِّ لا أَثَرَ لها في ولاية التزويج، فلا يقع بها الترجيح، وأخوة الأم يثبت[3] بها الميراث، فجاز أن يقع بها الترجيح، وهذا لا يصح، لأن العم للأبوين يُقَدِّمُ في الميراث على العم للأب، وإن كان لا يورث بعمومة الأم، وكذلك في مِيرَاث الوَلاَءِ الأخ [للأب والأم][4] أولى من الأخ للأب، وإن كان الأخ للأم لا يَرِثُ بالوَلاَءِ.

وكذلك القَوْلان في ابني أخ، أو في عمين، أحدهما: لأب وأم[5]، والآخر، لأب، وفي أثبتهما أصحهما: أن الذي هو [لأب وأم][6] أولى؛ وكذلك لو كان لها ابنا عم، أحدهما: أخوها ولأمها أو ابنا عم: أحدهما: ابنها، أو ابنا معتق: أحدهما: ابنها ففي الجديد يقدم الابن والأخ وفي القديم، هما سواء.

ولو كان لها ابنا عم أحدهما: [لأب وأم][7] والآخر: لأب ولكنه أخوها ـ ففي الجديد: الذي هو أخ لأم أولى؛ لأنه يدلي بالأم، وصاحبه بالجد؛ وكذلك ابنا عم: أحدهما: ابنها والآخر: أخوها لأمها ـ فالذي هو ابنُ أَوْلَى، لأن الابن أَقْرَبُ من الأخ.

وفي القَدِيمِ: هما سَوَاء، ولا وِلايَةَ لأب الأم، ولا لأَبِ أم الأب، ولا لِوَصِيِّ الأب، لأنه لا مُشَارَكَة بينهم وبينها في النسب، فإن لم يكن أحد، من عَصَبَات النسب وعليها وَلاَء، فولاية التَّزوِيج لِلْمُعْتَقِ إن كان رَجُلاً ثم لِعَصَبَاتِ المُعْتِقِ، ثم لِمُعْتِقِ المعتق، ثم لعصباته كترتيبهم في الميراث سواء؛ وترتيب عَصَبَاتِ الوَلاَءِ في التزويج كَتَرْتِيبِ عَصَبَاتِ النسب، إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: ابْنُ المعتق تثبت له الولاية، ولا تثبت لابن النسب.

---

(١) في أ: للأبوين.
(٢) في أ: للأبوين.
(٣) في أ: يؤثر.
(٤) في أ: للأبوين.
(٥) في أ: للأبوين.
(٦) في أ: للأبوين.
(٧) في أ: للأبوين.

الثانية: أن في النسب الجَدَّ أَوْلَى من الأخ، وفي الوَلاَءِ، قولان؛ كالمِيرَاثِ:

أحدهما: سواء.

والثاني: الأخ أولى.

الثالثة: أن في النسب الأخ [للأب والأم][1] مع الأخ للأب فيه قولان، وفي الولاء الذي هو [للأب والأم][2] أَوْلَى قوْلاً واحداً.

وقيل: فيه أيضًا قولان؛ كالنَّسَبِ.

فأما إذا كان المعتق امْرَأَةً، فلا وِلاَيَةَ لَهَا على المعتقة.

وقال صاحب «التلخيص»: لا وِلاَيَةَ أيضاً لأولياء المعتقة، بل يزوجها السُّلْطَانَ. والمذهب: أن الوِلاَيَةَ على المعتقة لمن تزوج المعتقة ما دامت المعتقة حَيَّة، لأن الوَلاَءَ بمنزل المِلْكِ؛ ألا ترى أنه لا يُسْتَرَقُّ معتق المسلم؛ كما لا يغنم عبده.

ثم قيل: الاعتاق يزوجها ولي السيد، كذلك بعد الاعْتاقِ.

ويشترط رضا المُعْتَقَةِ، ولا يشترط رضا المُعْتَقَةِ.

وقيل: يُشْتَرَطُ إذنها؛ وليس بصحيح؛ ولا ولاية لابن المعتقة ما دامت هي حَيَّة؛ لأنه لا يزوج المعتقة إنما الوَلاَيَةُ لأبيها وجدها وسائر أوليائها، فإذا مـا تشاء المعتقة تثبت الولاية لابن المعتقة، ويتقدم على ابنها وسَائِرِ عَصَبَاتِهَا، ثم يُرَاعى فيه تَرْتِيبُ عَصَبَاتِ الوَلاَءِ؛ لأن التَّزْوِيجِ في حَيَاةِ المعتقة بالنِّيَابَة عنها؛ لولائها عليها، كما تَزَوَّجها في حال رِقِّهَا، لملْكها عليها، فإذا ماتَت صَارَ الوَلاَءُ إلى العَصَبَةِ، فيزوجها من هو أحقُّ بالولاء.

أما من نِصْفُها حُرٌّ ونصفها رقيق، فيزوجها مَالِكُ نصفها مع وَلِيٍّ لها من جِهَةِ النَّسَب، إن كان برضاها، فإن لم يكن لها ولي نَسَب، فيزوجها مَالِكُ نصفها مع مُعْتِقِ النصف أو عصباته، وإن كان المُعْتِقُ امرأة، فمالك النصف مع وَلِيٍّ مُعْتَقَةِ النصف.

فَصْلٌ في اجتِمَاعِ الأَوْلِيَاءِ

إذا اجتمع لامْرَأَةٍ أولياء في دَرَجةٍ واحدة، كالإخوةِ أو الأعمام أو بنيهم ـ فالمستحب. أن يزوجها أَفْقَهُهُمْ وأَوْرَعَهُمْ وأسنهم برضا الباقين، لأن الأَسَنَّ أكثر تَجْرِبَة، والأورع أَحْرَصُ على طلب الحق، والأَفْقَهُ أَعْلَمُ بشرائط النكاح.

فإن زوجها أَدْنَاهُمْ برضاها من كُفْءٍ، صح، ولا اعْتِراض للباقين؛ بخلاف ما لو ثبت القِصاصُ لجماعة، لا يَنْفَرِدُ واحِدٌ بالاسْتِيفاء، لأن مَبْنَى القِصَاص على الدَّرء والسقوط،

(١) في أ: للأبوين.

(٢) في أ: للأبوين.

بدليل أن وَاحِداً لو عَفَا سَقَطَ، ولا استِيفَاء للباقين، ومَبْنَى النكاح على اللزوم، بدليلٍ أن واحدًا لو عَضَلَ، فللباقين التَّزوِيجُ فلو اشْتَجَرَ الأولياء، نظر: - إن قال كل واحد: أنا لا أزوج، وكل واحد كفءٌ خاطب فالاختيار إلى المرأة، فإن اختارت أَحَدَهُمَا زوجها منه من رَضِيَ به من الأولياء، فإن رَضِيَتْ بهما جميعاً، فإن السلطان يَنْظُرُ في الأَصْلَحْ منهما؛ فيزوجها.

أما إذا قال كل واحد منهم: أنا أُزوج، والخَاطِبُ واحد، فليس هذا بِعَضْلٍ، ويُقْرَعُ بينهم، فمن خرجت له القُرْعَةُ زوجها، ولا يحتاج إلى رضا الباقين، بخلاف ما لو ثَبَتَ القِصَاصُ لجماعة، فأقرع بينهم لا يستوفيه من خَرَجَت له القَرْعَةُ إلاَّ برضا الباقين، للفرق الذي ذَكَرْنَاهُ فلو بادر غَيْرُ من خرجت له القُرْعَةُ، فزوجها بِرِضَاهَا، فالمذهب الصحيح: أن العَقْدَ يصح؛ لأن القُرْعَةُ، لقطع المُشَاجَرَةِ، لا لِسَلْبِ الولاية.

وقيل: لا يصح؛ لأن في تَصْحِيحه إِبْطَال حكم القُرْعَة، هذا إذا أذنت لكل واحد منهما فزوجها، فإن أَذَنِت لواحد منهما فزوجها الآخر، لا يصح.

ولو زوجها واحد منهم برضاها من غير كُفءٍ، نظر: إن زوجها برضا الباقين، يصح وإن زوجها دون رضا الباقين ففيه قولان:

أصحهما: لا ينعقد؛ لأن الكَفَاءَة حَقٌّ للكل، وقد بخس حق الباقين.

والثاني: ينعقدُ، ويثبت للآخرين حَقُّ الاعتراض والرد؛ لأن العَقْدُ صدر ممن له الولاية، وللآخرين حق في الكفاءة؛ فثبت لهم الردّ، وعند أبي حنيفة، يلزم العقدُ، ولا اعْتِرَاضَ للباقين.

قلنا: الأَوْلِيَاءُ لهم حق في كَفَاءَةِ الزوج؛ فلا يَجُوزُ [تَفْوِيتُ حقهم][1]، عليهم، فنقول: كل ولي لو طُولِبَ بالتزويج من غير كفء له الامتناع، وإذا زوجت دون رضاه من غير كُفْءٍ، له الاعتراض؛ كالأبعد يزوج مع وُجُودِ الأقرب، كان للأقرب حَقُّ الاعتراض عليه.

ولو زوجُها واحدٌ برضاها ورضا الباقين من غير كفء، فاخْتَلَعَتْ نفسها، ثم زَوَّجَها واحد منهم من ذلك الرجل برضاها دون رضا الباقين، ففيه وجهان:

أحدهما: [يصح، ولزم العقد][2]، لأنهم قد رَضُوا به أَوَّلَ مرة.

والثاني: هذا عَقْدٌ جديد يعتبر فيه رضا جديد.

وعلى الوَجْهَيْن: إن أَبَوْا فلهم ذلك؛ فلو زوجها واحد منهم برضاها من كُفْءٍ بِأَقَلَّ من

---

(١) في أ: التفويت.

(٢) في أ: صح ويلزم العقد.

مهر المثل ـ لا اعتراض للباقين؛ لأن المَهْرَ حقها.

وأما إذا كان الأولياء من جهة الوَلاَءِ؛ نظر: إن كان المعتق واحداً، وقد مات عن بنين أو إخوة، فهم كأولياء النَّسَبِ لو زوجها واحد منهم برضاها من كفء دون رضا الباقين صح ولزم.

ولو مات أحد ابني المعتق، زوَّجها الابْنُ الآخر دون سَائِرِ العَصَبَاتِ.

وإن كان قد أعتقها جَمَاعَة، فيشترط رضا جميعهم في صحَّة النِّكاح، لأن الوِلاَيَة تثبت لهم بِوَلاءٍ صدر عن المِلْكِ، والمِلْكُ كان لجميعهم، ولم يكن يَنْفَرِدُ واحد منهم بِتَزْوِيجَها قبل العِتْقِ، وكذلك بعد العِتْقِ، فلو مات أحدُ المعتقين عن اثنين، أو عن أَخَوَيْنِ؛ فزوجها أحد ابنيه، أو أحد أَخَوَيْهِ مع المعتق الآخر، جاز.

ولو مات المعتقان جمعياً، ولكل وَاحد ابنان، فزوَّجها أَحَدُ ابني هذا مع أَحَدَ ابْنَي ذاك جاز. وإن لم يكن لأحدهما عَصَبَةٌ، زوجها السُّلْطَانُ مع أَحَدِ ابني الآخر.

فَصْلٌ فيما يُوجِبُ نَقْلَ الوِلاَيَة

لا وِلاَيَةَ لأَبْعَدَ العَصَبَاتِ مع وجود الأَقْرَب، فإن كان الأقرب صغيراً أو رقيقاً، أو مجنوناً جنوناً مطبقاً، أو شيخاً مفنداً أو محجوراً عليه بالسَّفَه أو اخْتَلَطَ عَقله، بحيث لا يعرف مَوَاضِعَ الحظ، أو به ألم شديد شغله عن النَّظَر، أو كان ـ فَاسِقاً وقلنا: لا ولاية للفاسق ـ أو كان أعمى ـ وقلنا: لا يكون ولياً ـ يزوجها الوَلِيُّ الأبْعَدُ.

فإن حسُنَتْ حَالَةُ الأَقْرَبُ كان التزويج إليه.

فلو زوج الأبعد [بعد][1] ما أفاق المَجْنُونُ، وتاب الفَاسِقُ، ولم يعلم بِحُسْنِ حَالِ الأقرب، ففي صحَّة النكاح وجهان؛ بناء على الوَكِيلِ بالبيع إذا باع بعد ما عُزِلَ ولم يعلم هل يصح البيع؟ قولان:

الأصح: أنه لا يصح.

وإن كان الأَقْرَبُ يُجَنُّ يوماً ويُفِيقُ يوماً ـ لا يزوج حتى يُفِيقَ الولي؛ فيزوج، أو يُوَكِّلَ بالتزويج.

ويشترط بَقَاؤُهُ مُفيقاً؛ حتى يَفْرُغَ الوكيل من العَقْدِ، وكذلك البنت البالغة إذا كانت تُجَنُّ يوماً، تُفِيقُ ـ لا يجوز تزويجها، حتى تُفِيقَ وتَأْذن، وتبقى على الإِفَاقَة، حتى يفرغ الولي من العقد.

---

(١) سقط في أ.

وقيل: هو كالجُنُونِ المُطْبَقِ لو زوجها الأبعد في يوم جُنُونِهَا، جاز. وإن كان مُغْمَىً عليه، ينتظر إفاقته، لأنه لا يَدُوم؛ كالنَّائِم يَنْتَظِرُ انْتِبَاهَهُ، والسكران، أو من شرب دواء أزال عقله، ينتظر إفاقته.

وإن كان الأقرب مُحْرماً فهو كما لو كان غائباً؛ يزوجها السلطان.

وقيل: تَزُولُ به الولاية؛ فيزوجها الأبعد؛ كما لو جُنَّ.

وإن كان الأَقْرَبُ غائباً إلى مَسَافَةَ القَصْر، زوجها السلطان؛ لأن الغائب على ولايته، بدليل أنه لو زَوَّجَها في الغَيْبَةِ يجوز، والتزويج حَقٌّ تُوَجه عليه وقد تَعَذَّرَ الاستيفاء منه، فالسلطان يَنُوبُ فيه مَنَابَهُ.

وإن كان على أَقَلَّ من مسافة القَصْر، لا يجوز لغيره تزويجها، بل يُكَاتِب حتى يحضر، فيزوج، أو يوكل بالتزويج وقيل: إن كان على مَسَافَةٍ لو خَرَجَ بُكْرَة لا يمكنه أن يأتي أَهْلَهُ ليلاً، زوجها السلطان والأول أَصحُّ.

وقال أبو حنيفة: إن غاب غيبةً منقطعة، زوجها الأَبْعَدُ.

قلنا: الغيبةُ لا تخرجه عن الولاية، فلا تَنْقُلُ الوِلاَيَةَ، كالعَضَلِ، والأولى أن يَأْمُرَ السلطان الأَبْعَدَ، حتى يزوج؛ للخروج عن الخلاف.

ولو عَضَلَ الولي الأَقْرَبَ، زوجها السلطان لا الأبعد بالاتفاق، ولا يتحقق العَضْلُ حتى يمتنع بين يَدَي القاضي؛ وهو أن يَحْضُرَ الخَاطِبُ ويطلب المرأة، فيأمره القاضي بالتَّزْوِيج، فيقول: لا أفعل، أو يسكت ـ حينئذٍ يزوجها القاضي بإذنها.

ولو دَعَتْهُ إلى تزويجها من غير كُفْءٍ، له أن يمتنع، ولا يكون عَاضِلاً.

ولو قال الولي: إن الخَاطِبَ ليس بِكُفْءٍ؛ فعلى المرأة إِثْبَاتُ الكفاءة.

ولو دعَتْهُ إلى تزويجها من كُفْء بأقل من مهرِ المِثْلِ ـ يجب التزويج، فإن امتنع كان عَاضِلاً؛ لأن المَهْرَ حَقُّهَا، لا حق للأولياء فيه؛ بخلاف الكفاءَة.

وعند أبي حنيفة: نقصُ المهرِ كنقْصِ الكفاءة، لا يجب على الولي أن يزوج بِمهْرٍ ناقص؛ وبالاتفاق: لو رضيت بِبَخْسٍ خَسِيسٍ من المهْرِ تجب الإجابة.

وكل امرأةٍ جعلنا تزويجها إلى السلطان يستحب أن يَحْضُرَ أولياؤها الأَبَاعِدُ، ويستشيرهم في أمرها، ويقول: هل تَنْقُمُونَ شيئاً؟ لأنهم أَحْرَصُ على التَّفَحُّصِ عن الكَفَاءَةِ، احفظ نسبهم، فإن لم يفعل وزوج صح.

ولا يُتَصَوَّرُ انْتِقَالُ الولاية إلى السُّلْطَان في حق الصغيرة؛ لأن طَلَبَها فيه شرط، وحيث

قلنا: ينتقل إلى الأَبْعَدِ، فإنما تَنْتَقِلُ إذا كانت المَرْأَةُ ممن يَجُوزُ للأبعد تزويجها؛ حتى لو كان الأبعد أخاً، وهي صغيرة لا يجوز له تزويجها، وإن كان جداً يجوز.

فَصْلٌ في التَّوْكِيلِ في النِّكَاحِ

رُوَىَ أن النَّبِيَّ - ﷺ - تَزَوَّجَ أم حَبِيبَةَ وكان وَكِيلُ النبي - ﷺ - عَمْرو بْنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ[1] ويجوز التوكيل بالتزويج، وبِقَبُولِ النكاح، ثم إنما يَصِحُّ التوكيل ممن يَمْلِكُهُ بنفسه؛ وإنما يصح تَوْكِيلُ من يكون من أَهْلِ مُبَاشَرَةَ مِثْلِ ذلك العَقْدِ بنفسه، فلو وَكَّلَ بالتزويج عبداً، أو صبياً، أو سفيهاً، أو امرأة ـ لا يجوز.

ولو وكل فاسقاً لا يجوز، على قولنا: إن الفاسق لا يكون ولياً.

ولو وكل فاسقاً، أو عبداً، أو سفيهاً بقَبُولِ النكاح يجوز ـ وهل يحتاج إلى إِذْنِ السيد في توكيل العبد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَحْتَاجُ إلى إذنه، كما لو وَكَّلَ عَبْداً بالبيع، لا يجوز إلا بإذن السَّيِّد.

والثاني: لا يحتاج إلى إذنه، كما لو وَكَّلَهُ بِتَطْلِيق زوجته، لا يحتاج إلى إذن المَوْلَى، بخلاف البَيْعِ والشراء، لأن العُهْدَةَ في البَيْعِ والشراء تَتَعَلَّقُ بالوكيل، وفي النكاح لا يتعلق بالوَكِيلِ عُهْدَةٌ.

قال الشيخ: وكذلك لو وَكَّلَ سَفِيهاً هل يَحْتَاجُ إلى إذن الولي؟ وجهان:

ولو وَكَّلَ السَّفيهَ أو العبد رجلاً بقبول النكاح له، يجوز بعد إذن الوَلِيِّ والمَوْلَى لهما بالنكاح، وقبل إذن الوَلِيِّ والمَوْلَى لهما في النكاح، لا يجوز.

ولو وَكَّلَ أخا المرأة، ليقبل له نكاح أخته من الأب، يجوز.

وإذا وَكَّلَ الوَلِيُّ رَجُلاً بالتزويج، هل يحتاج إلى إذن المرأة، نظر: إن كان الولي ممن يجبر، فلا يحتاج إلى إذنها، وله التَّوْكِيلُ، وإن أَبَتِ المرأة، وإن كان ممن لا يجبر كَغَيْرِ الأب، والجد والأب والجد في حق الثَّيِّبِ ـ فيه وجهان:

أحدهما: يحتاج إلى إذنها، كالتوكيل لا يُوَكِّلُ بغير إذن المُوَكِّل، حتى لو أطلقت الإذن له أن يزوج بنفسه، ولا يجوز أن يوكل.

والثاني ـ هو الأصح: لا يحتاج إلى إذنها، لأن مُتَصَرِّف بالولاية، كالقَيِّم والوَصِيِّ، يوكلان من غير إذن.

ولا خلاف: أنها لو نهت عن التوكيل، لا يجوز أن يوكل.

ولو قالت: وَكِّلْ بتزويجي فله أن يوكل، وهل يجوز له أن يُزَوِّجَ بنفسه؟ فيه وجهان:

---

(١) تقدم.

أحدهما: لا، بل يوكل؛ كما لو قالت.

والثاني: يجوز، لأنها رَضِيَتْ بالتزويج، فإذا جاز له التَّوْكِيلُ جاز أن يَفْعَلَ بنفسه، فلو وَكَّلَ قبل الاستئذان منها في التزويج، لا يجوز، لأنه لا يَمْلِكُ المُبَاشَرَة بنفسه، فلا يَمْلِكُ التوكيل وقيل: يجوز؛ فيَسْتأْذِنْ بعده الولي أو الوكيل للمولى عليها فيزوج؛ والأول المذهب.

ولو استأْذَنَ الوَكِيلُ لنفسه منها، لا يجوز.

وإذا وَكَّلَ بالتَّزوِيجِ، لا يشترط ذِكْرُ المَهْر.

وهل يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزوج؟ فيه وجهان وكذلك الثَّيِّبُ إذا أَذِنَتْ للولي في التزويج هل يشترط تعيين الزوج فيه وجهان:

أحدهما: لا يشترط، كما لا يُشْتَرَطُ تعيين المشتري.

والثاني: يشترط؛ لأن الأغراض تَخْتَلِفُ باختلاف الأزواج، ولا تَخْتَلِفُ باختلاف المُشْتَرِي، لأن المَقْصُودَ منه حُصُولُ الثمن، ولا خِلاف أن الوَلِيَّ إذا عَيَّنَ رجلاً؛ فزوجها الوكيل من غيره ـ لا يصح، وإن كان أكفأ ممن سماه، ولو وكل مطلقاً، وجوزنا، فزوجها من غير كُفْءٍ لا يصح؛ لأنه تصرف لا على وَجْهِ النظر.

وإن خطبها كُفْئان وأحدهما أَكْفَأ فزوجها من الآخر ـ لا يصح.

ولو قال الولي: زوجها من زيد، فزوجها من وَكِيلِ زيد، فقبل له ـ جاز، لأن النِّكَاحَ يَحْصُلُ لزيد.

وبمثله في البَيْع لو قال: بع من زيد؛ فباع من وكيله ـ لا يصح.

وقال الشَّيْخُ ـ رحمه الله ـ: كما لو حَلَفَ ألاَّ ينكح؛ فقبل له وكيله ـ يَحْنَثُ؛ ولو حلف؛ لا يشتري؛ فاشترى له وكيله، لا يحنث؛ لأن النِّكَاحَ لا تَعَلُّقَ لَهُ بالوَكِيلِ؛ بخلاف البَيْعِ.

ولو قال للوكيل: زَوِّجْهَا بألف؛ فزوجها بأقل ـ لا يصح؛ لأنه خَالَفَ المُوَكِّل؛ كما لو قال: زوجها غدًا؛ فزوجها اليوم، أو قال: زَوِّجْهَا في المَسْجِدِ؛ فزوجها في موضع آخر ـ لا يصح.

ولو وَكَّلَهُ بالتزويج مُطْلَقًا، فزوجها بلا مَهْرٍ، أو زَوَّجَهَا مُطْلَقًا ـ ولم يُسَمِّ المَهْرَ، أو بمهر بَخْسٍ ـ هل يصح أم لا؟ فيه قَوْلاَنِ؛ كالأب يزوج البِكْرَ بِلا مَهْرٍ دون إذنها، هل يَصُحُّ؟ فيه قولان:

أصحهما: يصح، وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ.

والثاني: لا يصح؛ لأنه بَخَسَ حقها.

وقيل ها هنا: لا يصح؛ بخلاف الأبِ؛ لأنه يُزَوِّجُ بحكم الوِلاَيَةِ، والوكيل يحكم بالنيابة؛ فإن قلنا: يصح؛ فيكمل مَهْرَ المثل، فإن رضيت المَرْأَةُ مَع الوكيل بالقَدْرِ الذي يسمى؛ وهي من أهل الرضا ـ صح بما سمى.

ولو قال الولي للوكيل: زَوِّجْهَا ممن شَاءَتْ، [بكم شَاءَتْ][1]؛ فزوجها برضاها من غير كُفْءٍ بدون مهر المثل ـ صح.

ولو وكل وكيلاً بقَبُولِ نِكَاحِ امرأة له؛ فقبل نِكَاح امرأة ـ قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: إن كانت غير كُفْئَةٍ لا يصح، وإن [كان][2] قبل نكاح كُفْئَةٍ بِمَهْرِ المِثْلِ، أو بأقل ـ صح، وعلى الزوج المسمى، وإن قبل بأكثر من مَهْرِ المَثْلِ، أو بغير نَقْدِ البلد، أو بِعَيْنٍ من أعيان مَالِ المُوَكِّلِ، أو مال نفسه ـ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح النكاح؛ كالوَكِيلِ بالبَيْعِ إذا باع بِغَيْرِ نَقْدِ البلد، أو بِأَقَلَّ من ثَمَنِ المِثْلِ.

والثاني: يصح؛ وبه قال أبو حنيفة، ويجب على الموكل مَهْرُ المِثْلِ من نَقْدِ البلد.

ولو سمي قَدْرًا فقبل بأكثر، لا يصح.

ولو قال: أَقبِلْ لي نِكَاحَ فلانة على عبدك هذا؛ فقبل عليه ـ صح النكاح؛ وهل تَمْلِكُ المرأة العبد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يجب على الزَّوْجِ مَهْرُ المِثْلِ؛ لأن الصَّدَاقَ يكون على الزوج.

والثاني: تملك؛ ويكون ذلك قَرْضًا على الزوج أم هبة له؟ فيه وجهان.

ولا يكون قَرْضًا، ولا هبَةً للمرأة.

ولو كانت ابنته في نكاح [زوج][3] أو في عِدَّةِ زوج؛ فوكل وكيلاً، وقال: زَوِّج ابنتي إذا طَلَّقَهَا زوجها، أو: إذا انْقَضَتْ عدتها ـ جاز التوكيلِ، كما لو قال: زوجها بعد سَنَةٍ يجوز، ثم تَزوجها بعد الطلاق، وانقضاء العِدَّةِ.

ولو قال: إذا طَلَّقَهَا زَوْجَهَا، فقد وكلتك بتزويجها، أو: إذا مَضَتْ سنة، فقد وَكَّلْتُكَ ـ ففيه قولان:

أحدهما: يصح، كالأَوَّل.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

والثاني: لا؛ لأن الوِكَالَةَ عَقْدٌ؛ فلا يَصِحُّ تعليقه؛ كالبَيْعِ والنِّكَاحِ.

فَصْلٌ
في تَزْوِيجِ المُخَالِفِ فِي الدِّينِ

رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - وَكَّلَ عَمْرُو بْنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ؛ حَتَّىٰ قَبِلَ لَهُ نِكَاحَ أُمِّ حَبِيبَةَ بِنْتِ أَبِي سُفْيَانَ مِن ابْنِ عَمِّهَا: خَالِدِ بْنِ سَعِيد بْنِ العَاصِ؛ وهو مسلم، وأَبُوهَا أَبُو سُفْيَانَ حَيٌّ.

لا يجوز للكافر تَزْوِيجُ ابنته المسلمة؛ لِقَطْعِ الله تعالى - الوِلاَيَةَ بينهما، بل إن كَانَ لها وَلِيٌّ أبعد مسلم بِنَسَبٍ، أو ولاء - يزوجها؛ كما زَوَّجَ خَالِدُ بن سعيد بن العاص أم حَبِيبَةَ - وأبو سفيان حَيٌّ وهو كافر.

فإن لم يَكُنْ لها وَلِيٌّ مسلم، زوجها السلطان؛ وكذلك لا يَجُوزُ للمسلم تَزْوِيجُ ابنته الكَافِرَةَ، بل يزوجها إن كانت كِتَابِيَّةً لولي الأبعد الكَافِرِ؛ سواء زَوَّجَهَا من مُسْلِمٍ، أو من كافر.

فإن كان الكافر يَرْتَكِبُ في دينه مَحْظُورَ اعْتِقَادِهِ - فهو في التزويج؛ كالفاسق يُزَوِّجُهَا بِشُهُودٍ مسلمين؛ سواء زوجها من مسلم، أو من كافر.

وقال أبو حَنِيفَةَ: يجوز بشهادة ذِمِّيَّيْنِ؛ سواء زوجها من مُسْلِمٍ، أو من ذمي.

وقال محمد: إذا زوجها من مسلم، لا يجوز بشهادة أَهْلِ الذمة. وقال [الحليمي][(١)]: إن زُوِّجَتِ الكتابية من مسلم، لا يجوز بولي كَافِرٍ، بل يزوجها حَاكِمُ المُسلمينَ، وإنما يزوج القاضي الكافرة إذا كانت كِتَابِيَّةً، ولا يجوز تَزْوِيجُ المجوسية والوَثَنِيَّةِ بِحَالٍ.

ولو كانت لمسلم أمة كتابية، أو لوليته المسلمة أمة كتابية - يجوز له تَزْوِيجُهَا؛ على الصحيح من المذهب؛ لأنه يتصرف بالمِلْكِ؛ كما يَمْلِكُ بَيْعَهَا وإجارتها.

وقيل: لا يجوز؛ كما لا يجوز تَزْوِيجُ ابنته الكافرة [ومولاته الكافرة][(٢)]. فإن جوزنا، فإنما يزوجها من أهل الكتاب؛ لأن الحُرَّ المسلم لا يجوز له نِكَاحُ الأمة الكتابية.

وإن كانت الأمة مَجُوسِيَّةً، أو وَثَنِيَّةً، لا يجوز تزويجها لو كانت مُرْتَدَّةً.

وأما الكافر: لا يجوز له تَزْوِيجُ أمته المسلمة، أو أم ولده المسلمة، على ظاهر

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

المَذْهب؛ بخلاف المُسْلِمِ يزوج أَمَتَهُ الكافرة؛ لأن المُسْلِمَ له ولاية على الكَافِرَةِ بِالسَّلْطَنَةِ؛ فكذلك بالمِلْكِ، والكافر لا ولاية له على المُسْلِمَةِ بالسلطنة؛ فكذلك بالمِلْكِ؛ ولأن المسلم يَسْتَمْتِعُ بالكافرة، والكافر لا يَسْتَمْتِعُ بالمسلمة.

ولو كانت لامرأة كافِرَةٍ أَمَةٌ مسلمة، أو كتابية، لا يجوز لوليها المُسلم تَزْويج أَمَتِها، لأنه لا يُزَوج المالكة.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ يَجُوزُ لوليها الكَافِرِ تَزْوِيجُ أمتها الكتابية بإذنها، ولا يَجُوزُ تَزْوِيجُ أمتها المُسْلِمَةِ.

ولو وَكَّلَ مُسْلِمٌ كافراً بِتَزْوِيجِ ابنته المسلمة ـ لا يجوز، وكذلك لو وَكَّلَهُ؛ ليقبل له نكاح مسلمة لا يجوز، ولو وكله؛ ليقبل له نكاح الكتابية يجوز.

فَصْلٌ في تَزْوِيجِ الوَلِيَّيْنِ

رُوِيَ عن الحَسَنِ، عن سُمْرَةَ، أن رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قال: «إذا نَكَحَ الوَلِيَّانِ، فَالنِّكَاحُ لِلأَوَّلِ مِنْهُما»[1].

---

(١) أخرجه الطيالسي ص (١٢٢) حديث (٩٠٣) وأحمد (٨/٥، ١١، ١٢) والدارمي (١٣٩/٢) كتاب النكاح ـ باب المرأة يزوجها الوليان وأبو داود (٥٧١/٢) كتاب النكاح ـ باب أنكح الوليان حديث (٢٠٨٨) والترمذي (٤١٨/٤ ـ ٤١٩) كتاب النكاح ـ ما جاء في الوليين يزوجان ـ حديث (١١١٠) والنسائي (٣١٤/٧) كتاب البيوع ـ باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق. وابن ماجة (٧٣٨/٢) كتاب التجارات ـ باب إذا باع المجيزان فهو للأول حديث (٢١٩٠) وابن الجارود (٦٢٢، ٦٢٣) والحاكم (١٧٤/٢ ـ ١٧٥) كتاب النكاح ـ باب إذا نكح الوليان فهو للأول، والبيهقي (١٣٩/٧) كتاب النكاح ـ باب الوكالة في النكاح.

والطبراني في «الكبير» (٧/رقم ٦٩٢٤) من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول وأيما رجل باع بيعًا من رجلين فالبيع للأول».

قال الترمذي: حديث حسن.

وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري ووافقه الذهبي.

وصححه أبو حاتم وأبو زرعة كما في «التلخيص» (١٦٥/٣) وقال: وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة فإن رجاله ثقات.

وأخرجه الشافعي (١٣/٢) كتاب النكاح: باب الترغيب في الزواج (٣٠) من طريق قتادة عن الحسن عن رجل من أصحاب النبي ﷺ.

وأخرجه أيضًا (١٣/٢) رقم (٢٩) من طريقه قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر.

وقد أخرجه ابن ماجه من هذا الوجه لكن عن عقبة بن عامر أو سمرة بن جندب.

إذا كان للمرأة أوليَاء في دَرَجة واحدة؛ فأذنت لواحد في تزويجها؛ فزوجها غيره ـ لا يصح، ولو قالت: أَذِنْتُ في فلان، فأي [ولاتي][(١)] شاء زوجني منه ـ فهو إِذْنٌ منها، فأيهم انفرد بتزويجها منه صح. وإن اختلفوا يُقْرَعُ بينهم.

ولو قالت: رضيتُ بأن أزوج، فالمذهب: أنه كذلك.

وقيل: ليس بإذن، لأنها لم تأذن للولي.

فإن قلنا: هو إذن، فإن أَذِنَتْ بعده لواحد بعينه، لا ينعزل الآخرون؛ كما لو أَذِنَتْ لواحد، ثم أذنت لآخر، صح ولا يكون رُجُوعاً عن الأول.

ولو قالت: زَوِّجُوني، فهو إذن، فهل يَنْفَرِدُ فيه واحد؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى، لأنه يَشُقُّ اجتماعهم.

والثاني: لا؛ كما لو وَكَّلَ بالبَيْعِ رجلين، لا ينفرد به أَحَدُهُمَا.

ولو قالت لأحد الوليين؛ زَوِّجْنِي من زَيْدٍ، وقالت للآخر: زَوِّجْنِي من عمرو، فزوجها [كل واحد][(٢)] ممن سَمَّتْ له، أو قالت لكل واحد: زَوِّجنِي ممن شئت؛ فزوج كل واحد من رجل آخر، أو وَكَّلَ الأب رجلاً بتزويج ابنته، فزوجها الوكيل من رَجُل، وزوجها الأب ـ من آخر ففيه خَمْسُ مسائل: أحدها: إذا سَبَقَ أَحَدُ النكاحين، وعُرِفَ السَّابق، فالأول صحيح، والثاني باطل، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل: فإن دخل يجب لها عليه مَهْرُ المثل، وعليها العِدَّة.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ إن دخل بها الثاني، فهو للثاني؛ والحديث حُجَّةٌ عليه.

وإنما يعرف [السابق بإقرار][(٣)] أو بشهادة الشهود ـ [ولو شهد][(٤)] وليان، أو الوكيل مع الولي لا يقبل لأنه يشهد على فِعل نفسه.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: فإن شهد الوكيل؛ بأن نِكَاحَ هذا كان سَابقًا، ولم يُضِفْ إلى نفسه ـ جاز هذا، إذ شهدَ وَكِيلُ زيد لزيد؛ فإن شهد وكيل زيد بِسَبْقِ نكاح عَمْرٍو، يقبل.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إذا وَقَعَ النِّكَاحَانِ مَعًا، فَهُمَا بَاطِلانِ.

[المسألة] **الثالثة**: أن يحتمل وُقُوعُهُمَا معًا، ويحتمل سَبْقُ أحدهما؛ بأن يقيم كل واحد بينة على أنه نكحها عند طُلُوعِ الشمس، فهما باطلان؛ والاحتياط هَا هُنَا أن يَقُولَ الحاكم:

---

(١) عن أ: ولي.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: السبق بإقرارهما.

(٤) سقط في أ.

فَسَخْتُ نكاح من سَبَقَ، أو يأمرهما الحَاكِمُ بالتطليق، أو يطلق أحدهما، ثم يُزَوِّجُهَا من الآخر.

فإذا فَسَخَ القاضي، أو لم يَفْسَخْ، فلا نِكَاحَ بينهما في الظَّاهِرِ، وفي الباطن وَجْهَانِ:

أحدهما: لا يرتفع نِكَاحُ من سبق في الباطن؛ حتى لو ظهر بعد ذلك، تكون زوجة له، وإن زوجت من ثالث كان فَاسِدًا؛ كجمعتين وَقَعَتَا في بَلَدٍ، واحتمل وُقُوعهما معًا؛ فأعادوا الجُمُعة، ثم بان سبق إحداهما - فعلى الطائفة الأخرى إِعَادَةُ الظهر.

والثاني: يَرْتَفِعُ النِّكَاحُ في الباطن؛ لأنه يقبل الفَسْخَ، بخلاف الجُمُعَةِ؛ حتى لو ظَهَرَ بعد ذلك سَبْقُ نِكَاحِ أحدهما، لا تَكُونُ زوجة له؛ وإن زوجت من ثالث، تكون زوجة للثالث.

المَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: إذا سبق أَحَدُ النكاحين، وعرف السابق منهما، ثم اشتبه - توقف إلى أن يتبين؛ فلا يجوز لواحد منهما أن يَقْرَبَهَا، ولا لثالث أن يَنْكِحَهَا ما لم يطلقاها.

[المسألة] الخامسة: إذا سَبَقَ أحدهما، ولم يُعْرَفِ السَّابِقُ منهما - نص على أنهما باطلان؛ كما لو احتمل وقوعهما معًا؛ كالمُتَوَارِثَيْنِ إذا غرقا فماتا، فلا فَرْقَ بين أن يحتمل موتهما معًا، وبين أن يسبق أحدهما ولا يعرف السابق في أنهما لا يَتَوَارَثَانِ.

وخرج بعض أَصْحَابِنَا قَوْلاً من الجمعتين إذا أُقِيمَتَا في بَلَدٍ، وَسَبَقَتْ إحداهما، ولم تُعْرَفِ السابقة منهما، وفيهما قولان:

أحدهما: أنهم جَمِيعًا يُعِيدُونَ الجُمُعة؛ كما لو احتمل وقوعهما مَعًا، واحتمل السَّبْقُ.

وفيه قول آخر: أنهم جَمِيعًا يُعِيدُونَ الظهر؛ كما لو عرفت السَّابقة، ثم اشتبه.

ومن أصحابنا من أَنْكَرَ هذا التَّخْرِيجَ، وحكم بِبُطْلَانِ النِّكَاحَيْنِ، بخلاف الجُمُعَتين؛ لأن الجُمُعَةَ لا يلحقها البُطْلَانِ بعد الصحة، والنكاح يلحقه الفسخ؛ فحيث حكمنا بِبُطْلَانِ النكاحين، يفرق بينهما، ولا مَهْرَ [على واحد][1] منهما. فإن دَخَلَ بها أحدهما عليه، لها مَهْرُ المثل.

فلو ادعى كل واحد منهما أن نِكَاحِي قد سبق؛ فأيهما أقام البينة، قضى له؛ وإن أقاما بينتين، أو لم يكن لواحد بينة - فلا تسمع دعوى أحد الزوجين على الآخر، بل الدَّعْوَى تَكُونُ على المرأة؛ لأن الحُرَّةَ لا تَحْتَوِي عليها [اليد، فإن كانا مُقِرَّيْنِ أنها لا تعلم؛ بأن كانت غائبة، فلا دَعْوَىٰ عليها وتوقف.

---

(١) في أ: الواحد.

وإن ادعيا عليها][1]، وأنكرت، حلفت أنها لا تعلم، ولا تسمع الدعوى مجهولة، وهو أن يقول: هي تَعْلَمُ سَبْقَ أحد النكاحين، بل يَدَّعِي كل واحد منهما؛ أنها تعلم أن نكاحي سابق وتحلف هي يمينين؛ على دَعْوَىٰ كل وَاحِدٍ يمينًا، فإذا حلفت لأحدهما؛ أنها لا تَعْلَمُ سَبْقَ نكاحه، لا يكون إقرارًا بِسَبْقِ نِكَاحِ الآخر؛ بخلاف ما لو قَالَتْ لأحدهما: لم يَسْبِقْ نِكَاحُكَ، كان إِقْرَارًا للآخر، وإنما حَلَّفْنَاهَا على العِلْمِ؛ لأن المُدَّعِي يَدَّعِي عِلْمَهَا، ولأنه يمين توجهت عليهما في أَمْرٍ فعله غيرها.

وقال الشيخ القَفَّالُ ـ رحمه الله ـ: إذا حَضَرَ الزَّوْجَانِ معًا، وادَّعَيَا علمها، حَلِفَتْ لهما يمينًا واحدة؛ أنها لا تعلم سَبْقَ أَحَدِ النكاحين؛ ولو أنها نكلت عن يَمِينِ العلم، فلا يَحْلِفَانِ على علمها، ويوقف.

ولو أنها أَقَرَّتْ لأحدهما، كانت منكوحة له؛ وهل تُسْمَعُ دعوى الثاني عليها، أم لا؟

فيه قولان؛ بناء على أنها لو أَقَرَّتْ لِلثَّانِي بعد ما أَقَرَّتْ للأول، لا تكون مَنْكُوحَةً للثاني، وهل تغرم له المهر؟ فيه قولان؛ بناء على ما لو كانت في يده عين فقال: هذه لفلان لا بل لفلان ـ يسلم إلى الأول، وهل يُغَرَّمُ قيمتها للثاني؟ فيه قولان:

أصحهما: لا يغرم؛ لأن إِقْرَارَهُ للثاني صَادَفَ مِلْكَ العين؛ فلم يصح.

والثاني: يغرم؛ لأنه أَتْلَفَ بإقراره الأَوَّلِ حَقَّ الثاني.

فإن قلنا: يغرم، فتسمع دَعْوَى الثاني عليها؛ رَجَاءَ أن يقر؛ فيغرم المَهْرَ للثاني.

وإن قلنا: لا يُغَرَّمُ، فهل له تَحْلِيفُهَا؟ فيه قولان؛ بناء على أن يمين المُدَّعِي بعد نكول المدعى عليه بمنزلة إقرار المدعى عليه، أم بمنزلة إقامة البينة من المدعي؟ فيه قولان.

فإن قلنا: بِمَنْزِلَةِ الإِقْرَارِ ـ وهو الأصح ـ لا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ عليها؛ لأن غَايَةَ ما فيه أن يقر، أو يَنْكُلَ عن اليمين؛ فيحلف المُدَّعِي؛ فيكون كالإِقْرَارِ، ولا يجب به شَيْءٌ. وإن قلنا: كالبينة[2]، له تحليفها؛ فإن حَلَفَتْ تسقط دعوى الثاني، وإن نكلت ردت اليَمِينُ إلى الثاني، وإن نكل اسْتَقَرَّ النكاح للأول، وإن حَلَفَتْ فقد قيل يحكم بالنكاح للثاني؛ كما لو أقام بَيِّنَةً؛ لأن البَيِّنَة تقدم على الإقرار.

والصحيح من المَذْهَب: أنها مَنْكُوحَةٌ للأول، وتُغَرَّمُ للثاني المَهْرَ؛ لأن النكول وَرَدَّ اليمين بمنزلة البينة في حق المُتَدَاعِيَيْنِ، لا في إبطال حق الأول؛ لأنه أَضْعَفُ من البينة؛ فحيث قلنا: تغرم المهر، فكم تغرم؟ فيه قولان:

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بمنزلة البينة.

أحدهما: كَمَال المَهْر؛ لأنه قيمَةُ البُضْعِ.

والثاني: نصفه؛ بناء على شُهُودِ الطلاق إذا رَجَعُوا قبل الدُّخُولِ، كم يُغَرَّمُونَ؟ فيه قولان:

أحدهما: كَمَالَ مَهْرِ المثل.

والثاني: نصفه.

فَصْلٌ فِي الوَلِيِّ يَتَزوَّجُ وَلِيَّتَهُ

رُوِيَ عن ابن عباس، أنه قال: لا نِكَاحَ إلاَّ بأَرْبَعٍ، خَاطَبٍ، وولي، وشاهدين[(١)].

ويروى عن أبي هريرة مرفوعاً[(٢)].

وإذا أراد الوَلِيُّ أن يَتَزَوَّجُ وليته، كابن [عم يُرِيدُ أن يَتَزَوَّج ابنة][(٣)] عمه، والمعتقُ يتزوج مِولاَتهُ لأنه إن لم يكنْ لها وَلِيٌّ أَقْرَبَ منه لا يجوز له أن يزوجها من نفسه، فيتولى طَرَفَيِ العقد، أذنت أو لم تأذن، ولا أن يوكل وكيلاً بتزويجها منه؛ لأن فِعْلَ وكيله كفعله، ولا لمن أَبْعَدُ منه أن يُزَوِّجَها منه؛ لأنه لا وِلاَيَةَ للأبعد مع وُجُودِ الأَقْرَبِ، بل إن كان لها وَلِيٌّ آخر في دَرَجَتِهِ زَوَّجَهَا منه، وإن لم يكُنْ زوجها القاضي منه.

ولو كان له ابنا عم؛ أحدهما [لأب وأم][(٤)] والآخر: لأب، فإن أراد من هو لأب أن يتزوجها، زوَّجَها من هو [لأب وأم][(٥)] منه، وإن أراد الآخر الذي هو [لأب وأم][(٦)] أن يتزوجها، فإن قلنا بقوله القديم: إنهما في الولايَةِ سَوَاء، زوجها الذي هو لأب منه.

وإن قلنا: الذي هو [لأب وأم][(٧)] أولى بالولاية؛ فلا يُزَوِّجُها الآخَرُ منه، بل يُزَوِّجها القَاضي.

ثم هل يجُوزُ للقاضي أن يُزَوِّجَها منه بالإِذْنِ الذي حَصَلَ منها للخاطب في التَّزْوِيج.

رأيت لبعض أَصْحَابِنَا: أنها إن قالت للخاطب: زَوِّجْنِي من نفسك، فالقاضي يُزَوِّجُ به، لأنها رضيت به.

وإن قالت: له زوجني ممن شِئْتَ، أو قالت: زوجني مطلقاً ـ فلا بد من إذْن جديد للقاضي، لأنها إذا قالت: زوجني من نَفْسِكَ فقد رَضِيَتْ بأن يزوجها الغير منه، لأنه لا يعقِدُ لنفسه.

---

(١) أخرجه البيهقي [٧/ ١٢٥].

(٢) أخرجه الدارقطني [٣/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥] والبيهقي [٧/ ١٢٥] عنه مرفوعًا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لأبوين.

(٥) في أ: للأبوين.

(٦) في أ: للأبوين.

(٧) في أ: للأبوين.

وإذا لم تَقُلْ: من نَفْسِكَ فقد أمرته بالوَضْعِ في غيره؛ فلا يَكُونُ إذناً بالوضع فيه.

قال الشيخ: والذي عندي أن قولها: زَوِّجْنِي من نَفْسِكَ ليس بإذن، لأنها خاطبته بالتزويج؛ فلا يَصِحُّ تزويج غيره بدليل أنها لو أَطْلَقَتْ فقالت: زوجني، لا يجوز تَزْوِيجُ غيره وتزويجها من نفسه لا يصح؛ فلغا الإِذْنُ.

وقال أبو حَنِيفَةَ: يجوز للولي تَزْوِيجُهَا من نفسه، وكذلك الوَكِيلُ من الجانِبَيْن عنده يَتَوَلَّى طَرَفي العقد، والحديث حُجَّة عليه، ولأن من كان زوجاً في النكاح لا يَقُومُ بِرُكْنٍ آخر فيه، كما لا يكونُ شاهداً.

ولو أراد القاضِي أن يَتَزَوَّجَ امرأة لا ولي لها، لا يجوز أن يزوجها من نفسه، بل يسَتْخْلِفُ من يزوجها منه، إن كان مأذونًا في الاستخلاف أو يرفع إلى الإمام أو يخرج إلى قاضي بلد آخر حتى يزوجها منه والإمام الأعظم إذا أرادَ أن يَتَزَوَّجَ امرأة لا وَلِيَّ لها فقد قيل: يَجُوزُ أن يُزَوِّجَهَا من نفسه، وَيَتَولَّى الطَّرَفَيْنِ لأنه ليس فوقه من يُزَوِّجُهَا منه، والأصح: أنه لا يجوز، بل يأمر من يزوجها منه على طَرِيقِ التولية، حتى لو قال لرجل: وكلتك، أو قال: زوجها مِنِّي لا يجوز، لأنه توكيل، بل يفوض إليه، بحيث لا يَنْعَزِلُ بموته.

ولو زوج العم وَلِيَّتَهُ من ابنه البالغ يجوز سواء، سواء قالت: زوجني ممن شئْتَ أو أَطلَقَتْ الإِذنَ على قولنا: إن تعيين الزوج ليس بِشَرْطٍ.

ولو أرادَ تَزْوِيجَهَا من ابنه الطِّفْلِ، لا يجوز؛ لأنه لا يَقْبَلُ للطفل غيره، فيحتاج إلى أن يَتَوَلَّى طرفي العقد، كما لو وكَّلَ وَكِيلاً بِتَزْوِيجِ ابْنَتِهِ من ابنه البَالِغِ، فيجوز، ومن ابنه الطِّفْلِ لا يجوز ولو زوَّجَ الجد إحدى نَافِلَتَيْهِ من الأُخْرَى، وتَوَلَّى طَرَفَي العقد، هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن الحدَّاد،: يجوز؛ كما يَبِيعُ ماله من نفسه.

والثاني: لا يجوز، قاله صاحب التلخيص لأن النِّكَاحَ لا يَنْعَقِدُ بأقل من أَربع؛ كما جاء في الحديث فإن قلنا: ينعقد هل يحتَاجُ إلى لَفْظَيْن؟ فيه وجهان.

وإن قلنا: لا يجوز، فلو بلغتَ المَرْأَةُ والزوج صغير، فلا يجوز لِلْجَدِّ أيضاً تَزْوِيجُهَا بنفسه.

ولو أَذِنَتِ المَرْأَةُ للقاضي؛ حتى يزوجها من ابْن عمه، وقبل الجَدُّ لنافلته ـ يجوز؛ كما لو أَرَادَ الرجل أن يتزوج وليته، زَوَّجَهَا القَاضي منه؛ فلو وكل الجد بِتَزْوِيجِ الصغيرة، وقيل: هو لابن ابنه الصغير، أو وَكَّل رجلاً بالقَبُولِ عن الصغير، وزوج هو بِالولايَةِ، أو وكل رَجُلَيْنِ: أحدهما: بالتزويج، والآخر: بالقَبُولِ ـ لا يجوز؛ لأن فعل وكيله فِعْلُهُ.

ولو وَكَّلَ رجلاً ليقبل له نِكَاحَ امرأة؛ فزوجه الوكيل ابنته ـ لا يجوز.

فَصْلٌ في تَزْوِيجِ المَغْلُوبِ عَلَى عُقُولِهِمْ

قد ذَكَرَنا أنه يجوز للأب، أو الجد أن يقْبَلَ النِّكاحَ للصغير العاقل، ولا يجُوزُ ذلك لِغَيْر الأب والجد.

أما المَجْنُونُ ينظر: إن كان صغيراً، لا يجوز لأَحَدٍ أن يَقْبَلَ له النِّكَاحَ، لأنه لا حاجة به إليه في الحال، وبعد البُلُوغ لا يحتاج إليه للسَّكَن والأُلْفَة ولا يُدْرَى هل يَحْتَاجُ إليه للجماع؛ أم لا؟ بخلاف الصغير العاقل.

[يجوز للأب والجد أن يَقْبَلَ له النكاح][1] لأنه يَحْتَاجُ إليه بعد البُلُوغِ، للاستمتاع، أو للسَّكَنِ والألفة؛ فإذا بَلَغَ المجنون، نظر: فإن لم يظْهَرْ منه رَغْبَةٌ في النساء؛ بأن كان مَجْبُوباً لا يجوز تزويجه؛ لأنه لا يَلْزَمُهُ المَهْرُ والنفقة بلا مَنْفَعَةٍ تحصل له؛ بخلاف المَجْنُونَة لا يشترط في تزويجها ظُهُورُ الرغبة في الرِّجَال، لأن لها فيه نَفْعاً من اكتساب المَهْرِ والنفقة وربما يكون فاسقاً فإن ظهر من المَجْنُونُ البَالِغَ الرَّغْبَةُ في النكاح، بأن كان يَحُومُ حولَهن، واحتاج إلى امرأة للتَّعَهُّد والخدمة، ولم يكن له من المَحَارِمِ امرأة تَتولَّى ذلك، ومُؤنة النكاح أَخفُّ من شراء الأمة حينئذٍ يجوز للأب أو الجد تَزْوِيجُهُ ولا يجوز لغيرهما من أَوْلِيَاء النسب؛ فإن لم يكن له أب ولا جد زوجها السلطان؛ لأنه الذي يَلِي ماله، ويذكر للمرأة أنه مَجْنُونٌ وهل يحتاج السلطان إلى مَشُوَرَةِ الأقارِبِ؟ فيه وجهان.

وإن كان يُجَنُّ يوماً، ويُفِيقُ يوماً، فلا يَجُوزُ لأحد تزويجه، حتى يُفِيقَ، ويَأْذَنَ ويبقى مُفِيقاً إلى أن يُفرَغَ من العَقْدِ، وإن عَاوَدَهُ الجُنُونُ قبل التَّزْويج، بطل الإذنُ؛ وإن كان مَغْلُوباً على عَقلِهِ بِمرضٍ، ينتظر إفاقته، وإن أَطْبَقَ عليه، ولم يُرْجَى إِفَاقَتَهُ فهو كالمجنون.

ولا يجوز تَزْوِيجُ الصغير الْمَجْنُونِ لحاجته إلى الْخِدْمَةِ؛ لأنه يَجُوزُ لغير ذَوَاتِ المَحَارِمِ من النساء خِدْمَتُهُ.

وأما المَجْنُونَةُ يجوز للأب والجد تَزْوِيجُهَا، صَغِيرَةً كَانَت، أو كبيرةً، بِكْرًا أو ثَيِّبًا؛ بخلاف البِنْتِ الصغيرة العَاقِلَةِ لا يجوز تزويجها؛ لأنها بالبُلُوغِ تَصِيرُ من أَهْلِ الإِذْنِ، ولبلوغها أَوَانٌ منتظر، وليس لإِفَاقَةِ المَجْنُونَةَ أَوَانٌ منتظر.

وقيل: لا يَجُوزُ تَزْوِيجُ البنت الصغيرة المجنونة؛ كالعاقلة؛ والأول أصح.

---

(١) سقط في أ.

وأما غَيْرُ الأب والجد لا يَجُوزُ لهم تَزْوِيجُ المَجْنُونَة الصغيرة؛ لأن تَزْوِيجَهَا إِجْبَارٌ، وليس لغير الأَبِ والجد وِلاَيَةُ الإِجْبَارِ، فإن بَلَغَتْ زوجهَا السُّلْطَانُ بمشورة أَوليائها من الإخوة والأعمام، وغيرهم، إن كانوا لها، أو يَأْذَنُ لهم في تَزْوِيجِهَا.

[وتلك المَشْوَرَةُ مستحبة، أم واجبة؟ فيه وجهان:

أحدهما: مستحبة؛ لأن تَزْوِيجَهَا بالإذن][1].

فإن لم تَكُنْ المَرْأَةُ من أَهْلِ الإِذْنِ، فلا ولاية لهم.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: أنها وَاجِبَةٌ؛ لأنهم أَوْلِيَاءُ، والسُّلْطَانُ يَقُومُ مَقَامَ المجنونة فيمن يَكُونُ إذنها شرطًا؛ كما أنه يَلِي أَمْرَ مَالِهَا؛ ولا خلاف أن أَوْلِيَاءَ النَّسَب سوى الأب والجد ينفَرِدُونَ[2] بتزويجها.

وقيل: الأب يَحْتَاجُ إلى إِذْنِ السلطان في تَزْوِيجِ المَجْنُونَةِ البالغة الثيب بَدَلاً عن إِذْنِهَا.

وإن كانت البَنْتُ تُجَنُّ يومًا، وتُفِيقُ يومًا، فلا يَجُوزُ تزويجها؛ حتى تفيق، فتأذن، وتبقى على الإفاقة؛ حتى يَفْرَغ من التَّزْوِيجِ؛ فإن عاودها الجُنُونُ قبل الفَرَاغِ من العقد، بطل الإذن؛ كالوكَالَةِ تبطل بالجُنُونِ والإغْمَاءِ؛ وإذا قبل الرَّجُلُ لابنه الصغير، أو لابنه المجنون نكاح امرأة ـ فليس له أن يُخَالِعَ عنه؛ كما لا يُطَلِّقُ عنه، ولا يَفْسَخُ عنه؛ بخلاف النِّكَاحِ؛ فإنه من مَصَالِحِ [ابنه][3]؛ كالإنفاق عليه.

وقال عطاء: يَجُوزُ أن يُطَلِّقَ عليه.

وقال الزهري، ومالك: يجوز بِالعِوَضِ.

ولو ادعت المَرْأَةُ عَنَّة زوْجَها المجنون، لا تُضْرَبُ له المدة، لأن الزَّوْجَ لو كان عاقلاً بما يَدَّعي الإصابة، وإن كانت بِكْراً فربما يَدَّعِي عليها الامْتِنَاعَ من التَّمْكِين بخلاف ما لو كَانَ به عَيْبٌ آخر، لها الفَسْخُ.

ولو زوَّجَ ابنته المجنونةَ ثم اختَلَعَها بمَال نفسه، صح الخُلْع، ولـزم المَالُ، لأن الطلاق بيد الزَّوج، ثم إن لم يكن لها فيه نظر أثم فإن اخْتَلَعَهَا على مالها وقع رَجْعِيّاً، ولا يجوز للأب أن يَبْرَأ عن شيء من صَدَاقِ ابنته المجنونة.

ولو هربت المَجْنُونَةُ من الزوج، وامتنعت، لا نَفَقَةَ لها، ولا قَسْمَ؛ كالعَاقِلَةِ إِذَا نَشَزَتْ.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لا ينفردون.
(٣) في أ: أمره.

ولو آلَى عن زَوْجَتِهِ الْمَجْنُونَةِ، لا يضيق الأمر على الزوج بعد مُضِيِّ المدة؛ لأن طَلَبَهَا فيه شَرْطٌ، ولا يصح منها الطَّلَبُ، بل يُقَالُ له: اتَّقِ الله فيها أو طلق.

وإذا قذف زَوْجَتَهُ المجنونة، فلا حَدَّ عليه، بل يُعَزَّرُ إذا أَفَاقَتْ وطلبت، إلا أن يُلَاعِنَ لإسْقَاطِهِ.

فَصْلٌ فِي الكَفَاءَةِ(١)

رُوِيَ عن أَبِي حاتم المزني قال: قَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ، إِلاَّ تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ»(٢).

شَرَائِطُ الكَفَاءَةِ ستة: الإِسْلَامُ، والحُرِّيَّةُ، والعَدَالَةُ، والنَّسَبُ، والحِرْفَةُ، والسَّلَامَةُ من

---

(١) هي بالفتح مصدر كافأه في كذا إذا ساواه فيه فهي في لغة المماثلة والمساواة والكفء هو المماثل والنظير ومنه، قوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم» أي تتساوى في الديات والقصاص فدم الشريف منهم كدم الوضيع ويقال فلان كفء فلانة إذا كان يصلح لها بعلاً والمراد بها شرعًا مساواة الزوج للزوجة في أمور مخصوصة.

واتفق جمهور العلماء على أن الكفاءة معتبرة في النكاح عدا الكرخي من الحنفية فإن صاحب المبسوط حكى عنه أنه لا يعتبرها في النكاح أصلاً.

وذكر في رد المحتار نقلاً عن العلامة نوح في حاشيته على الدر أن الإمام أبا الحسن الكرخي والإمام أبا بكر الجصاص وهما من أئمة العراق ومن تبعهما من المشايخ لا يعتبرونها في النكاح أصلاً ولو لم تثبت عندهما هذه الرواية عن أبي حنيفة لما اختاراها.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٥) كتاب النكاح: باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه حديث (١٠٨٥) والدولابي في «الكنى» (١/ ٢٥) والبيهقي (٧/ ٨٢) كتاب النكاح: باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضى كلهم من حديث أبي حاتم المزني به وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب وأبو حاتم المزني له صحبة ولا نعرف له عن النبي ﷺ غير هذا الحديث اهـ وقال الإمام مسلم في «الكنى»... (١/ ٢٤٨): أبو حاتم المزني له صحبة. وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة.

أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٥) كتاب النكاح: باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه حديث (١٠٨٤) وابن ماجه (١/ ٦٣٢ ـ ٦٣٣) كتاب النكاح: باب الأكفاء حديث (١٩٦٧) والحاكم (٢/ ١٦٤ ـ ١٦٥) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١١/ ٦١) كلهم من طريق عبد الحميد بن سليمان الأنصاري أخو فليح عن محمد بن عجلان عن ابن وثيمة البصري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلاّ تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض.

وقال الترمذي: وقد خولف عبد الحميد بن سليمان فرواه الليث بن سعد عن ابن عجلان عن النبي ﷺ مرسلاً قال محمد: وحديث الليث أشبه ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظًا اهـ.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

وتعقبه الذهبي بقوله: قلت عبد الحميد قال أبو داود: كان غير ثقة وابن وثيمة لا يعرف. اهـ.

وحديث أبي حاتم المزني وأبي هريرة يقوي كل منهما الآخر.

العُيُوبِ؛ وهي العيوب الأربعة التي فُسِخَ بها النكاح، وهي: الجُنُونُ، والبَرَصُ، والجَبُّ. أما العُنَّةُ فلا تؤثر؛ لأنها لا تتحقَّقُ. وفي اليَسَارِ وجهان:

أحدهما: لا يُعَدُّ من الكَفَاءَةِ؛ لأن النبي - ﷺ - اخْتَارَ الفَقْرَ؛ ولأن المَالَ غَادٍ وَرَائِحٌ، فَلاَ يَفْتَخِرُ به ذَوُو المُرُوءَةِ.

وقيل: يشترط في قَدْرِ المَهْرِ والنفقة؛ فإذا وجد، فهو كفء لصاحب الألوف.

وقيل: هو شرط على الإطلاق؛ فعلى هذا الاسْتِوَاءِ في المال ليس بِشَرْطٍ؛ حتى يقال: صاحب التسعة الآلاف لا يكون كُفْئًا لصاحب العشرة الآلاف، بل الناس طَبَقَاتٌ: فقير وغني ووسط، وكل طبقة بعضهم أَكْفَاءٌ من بعض، إذا اشتركوا في اسم الغِنَىٰ وإن تَفَاوَتُوا في القَدْرِ.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: اليَسَارُ والحِرْفَةُ غير شَرْطٍ.

قال الشيخ القفال رحمه الله: النَّسَبُ يُرَاعَىٰ في العَرَبِ دون العَجَمِ؛ لأن العَرَبَ تَحْفَظُ أنسابها، وتَفْتَخِرُ بها.

والأصح: أنه يُرَاعَى في الكُلِّ، خرج منه أن الكَافِرَ لا يكون كُفْئًا للمسلمة، ولا العَبْد للحرة؛ سواء كانت حرة أصلية أو معتقة ولا المعتق للحرة الأصلية.

وإن كانا حُرَّيْنِ، لكن جَرَى الرِّقُّ على وَاحِدٍ ممن يرجع النسب للرجل إليه دون المَرْأَةَ، أو جَرَى الرِّقُّ في آبائهما، ولكن في الرجل في أب أقربه، لا يكون كُفْئًا لها، وكذلك من أسلم بنفسه لا يكون كُفْئًا لمن له أبوان، أو ثلاثة في الإسلام، والعجمي لا يكون كُفْئًا للعربية، ولا العَرَبِيُّ غير القُرَشِيِّ للقرشية وقريش هل لهم أَكْفَاءٌ؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى؛ وبِهِ قال أبو حنيفة؛ كما في الخِلاَفَةِ.

والثاني: لا، بل يَتَفَاضَلُونَ، فَغَيْرُ الهاشمي والمُطَّلِبِيِّ منهم لا يَكُونُ كُفْئًا للهاشمية والمطلبية؛ لأن النبي - ﷺ - قال: «إِنَّ الله اصْطَفَىٰ مِنْ بَنِي إِسْمَاعِيلَ كِنَانَةَ، وَاصْطَفَىٰ مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشًا، وَاصْطَفَىٰ مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ».

أما بنو هاشم وبنو المطلب هم أكفاء؛ لأن النبي - ﷺ - قال: «بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ»[1].

والاعتبار بِالأَبِ، فإن كَانَ الأَبُ قرشيًا، والأم أعجمية - فهو قُرشِيٌّ، وإن كان الأَبُ عجميًّا، والأمُ قُرَشِيَّةٌ - فهو عَجَمِيٌّ.

والفاسقُ لا يكون كفئًا للعفيفة، وصاحبُ الْحِرْفَةِ الدَّنِيئَةِ لا يكونُ كُفْئًا لأهل الْحِرْفَةِ

---

(١) تقدم.

الرَّفِيعَةِ، والمحترفُ لا يكون كفئًا لابنة العالم، والكنَّاس والحجَّام، والرَّاعِي لا يكون كُفْئًا لابنة الْخَيَّاطِ، ولا الخيَّاط لابنة التَّاجر والبيَّاعِ.

ومن كَانَ به عَيْبٌ من العيوبِ الأربعةِ لا يَكُونُ كُفْئًا للسَّليمة، وإن كان بكلٍّ واحدٍ منهما عَيْبٌ، نظر إن كَانَا مختلفين؛ بأن كان به جُنُونٌ، وبها جُذَامٌ أو بَرَصٌ، أو به جَبٌّ، وبها بَرَصٌ - لا يَتَكَافَآنِ.

وإن اتفق الْعَيْبَانِ نظر؛ إن كان بالرجل أكثر - فليس بِكُفْءٍ لها، وإن استويا أو كان بها أكثر - فوجهان، بناء على أنه هل يثبتُ به فَسْخُ النِّكَاحِ؟ فيه وجهان.

وكذلك إذا كَانَ به جَبٌّ، وبها رَتْقٌ فيه وَجْهَانِ:

فلو زُوِّجَتِ المرأةُ من غَيْرِ كُفْءٍ نظر؛ إن زُوجت مُسْلِمَةٌ من كافرٍ لا ينعقدُ، وإن رَضِيَتْ بِهِ المرأةُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١]. أما في سَائِرِ الشُّرُوطِ؛ بأن زُوجت حُرَّةٌ من عبدٍ، أو حُرَّةٌ أصليةٌ من مُعْتَقٍ، أو عربيةٌ من عَجَمِيٍّ أو [قُرَشِيَّةٌ من غير قُرَشِيٍّ][1]، أو عفيفةٌ من فَاسِقٍ، أو سَلِيمَةٌ من مَعِيبٍ بشيءٍ من الْعُيُوبِ الأربعة فَسْخٌ، نظر إن زَوَّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا لا ينعقدُ حَتَّىٰ لو زَوَّجَ الأَبُ ابنتهُ البكرَ الصَّغِيرَةَ من غير كُفْءٍ - لا ينعقد.

وإن كانت بالغةً فَاسْتَأْذَنَهَا فَسَكَتَتْ: فِيهِ وَجْهَانِ.

وفيه قول آخر: إن الأبَ أو الْجَدَّ إذا زَوَّجَ البكرَ الصَّغِيرَةَ، أو الْبَالِغَةَ بغير رضَاهَا من غير كُفْءٍ يصحُّ، والمرأةُ بِالْخِيَارِ إذا بَلَغَتْ.

وهل للأب أن يفسخ في صِغَرِهَا إذا كان جَاهِلاً بالحال؟ فيه وَجْهَانِ:

فإن زَوَّجَهَا من خَصِيٍّ أو خُنْثَىٰ دون رِضَاهَا، فإن قلنا: يثبت لها الخيار، فهو كَالْجَبِّ.

وإن قلنا: لا يثبت فيصح، وكذلك في الْبَالِغَةِ إذا أَذِنَتْ في التَّزْوِيجِ مُطْلَقًا فَزُوِّجَتْ من خَصِيٍّ أَوْ خُنْثَىٰ.

وعند أبي حنيفة: إذا زَوَّجَ ابنتَهُ الصَّغِيرَةَ من غير كُفْءٍ[2] يصح، أما إذا زُوِّجَتِ الْمَرْأَةُ

---

(١) سقط في أ.

(٢) ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعدم اشتراط الكفاءة في صحة النكاح، وعليه فينعقد النكاح صحيحًا مع عدمها.

وذهب سُفيان الثوري إلى القول باشتراط الكفاءة في صحة النكاح، وهو أيضًا رواية عن أحمد. =

من غير كُفْءٍ بِرِضاها ـ نظر؛ إن كان المُزَوِّجُ وليُّها بِنَسَبٍ أو وَلاَءٍ ـ يصح، حَتَّىٰ لو زَوَّجَهَا

= استدل من اشترط في صحة النكاح الكفاءة بالحديث، والأثر، والمعقول. أما الحديث: فما روي أن النبي ﷺ قال: «لا تنكحوا النساء إلاّ من الأكفاء». رواه الدارقطني، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي (ﷺ) نهى عن إنكاح النساء ولغير الأكفاء؛ والنهي يدل على فساد المنهي عنه، وعليه إذا زوجت المرأة من غير كفء كان النكاح فاسدًا. وأما الأثر: فأولاً ما روي أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال: «لأمتعن فروج ذوات الأحساب إلاّ من الأكفاء».. وهذا دليل على أنه غير الكفء لا يصح له أن يتزوج ذات الحسب وثانياً: ما روي عن أبي إسحاق الهمذاني قال: خرج سلمان، وجرير في سفر، فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان: تقدَّم أنت، فقال سلمان: بل أنت تقدم، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم، ولا تنكح نساؤكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد (ﷺ)، وجعله فيكم، وهذا صريح في أن غير العرب لا ينكح العربية، وذلك لعدم الكفاءة. فدل ذلك على أن الكفاءة شرط في صحة النكاح.

وأما المعقول، فقد قالوا: إن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذن، فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنها.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

أما الحديث فقد قيل لهم فيه إنه ضعيف، قال ابن عبد البر: إن هذا الحديث ضعيف ولا يحتج بمثله. وعلى فرض صحته، فإنه لا يدلّ على اشتراط الكفاءة في صحة النكاح، لأنه يحمل على معنى أنه لا ينبغي أن تنكح النساء إلا من الأكفاء، قطعاً لما يحصل من النزاع إذا عدمت الكفاءة، فيكون قصده (ﷺ) إرشاد الناس للأولى. ومما يؤيد ذلك أمره لفاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه.

ويقال لهم في أثر عمر: إنه لا يدل على اشتراط الكفاءة في صحة النكاح. وإن غاية ما يدل عليه طلب الكفاءة واعتبارها. يؤيد ذلك أنه روي عنه، وعن جماعة من الصحابة منهم ابن مسعود، أنها ليست شرطاً في النكاح.

ويقال لهم في الأثر الثاني: إن معناه أيضاً لا ينبغي لغير العربي أن يتقدم على العربي في الصلاة أو ينكح العربية، وهذا لا يدل على فساد النكاح.

ويقال لهم في المعقول: إنه ليس في التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق الغير، فإن العبرة بمن وجد من الأولياء في وقت العقد ولا عبرة بمن يحدث بعد. وأما الجمهور فقد استدلوا على عدم اشتراط الكفاءة في صحة النكاح بالأثر، والمعقول.

أما الأثر: ـ فما روي عن عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت: إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً، وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار، أخرجه البخاري، فلو كانت الكفاءة شرطاً في صحة النكاح لما تركها حذيفة.

وأما المعقول فقد قالوا: إن الكفاءة حق للمرأة، أو للأولياء، أولهما، فلا يشترط وجودها في صحة النكاح كالسراقة من العيوب.

يتبين لنا من بيان أدلة الجمهور، ومناقشة أدلة المخالفين، رجحان مذهب الجمهور من أن الكفاءة لا تشترط في صحة النكاح، وأن النكاح ينعقد صحيحاً بدونها. وإن كان ما ورد فيها من الآثار يدلُّ على اعتبارها في الجملة، ولا يلزم من ذلك اشتراطها لصحة النكاح. يؤيد ذلك أن المرأة التي رفعت للنبي =

الأقربُ بِرِضَاهَا مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ فلا اعتراضَ للأبعدِ؛ لما رُوي أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله ﷺ: «أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَانِي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ ـ ﷺ ـ: «أَنْكِحِي أُسَامَةَ»[1] فنكَحَتْهُ»، وفاطمة قرشية، وأسامةُ من المَوَالِي.

وإن زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ بِرِضَاهَا من غَيْرِ كُفْءٍ فيه قولان:

أصحهما: لا يصحُّ؛ لأنه يُزَوِّجُ بِالنِّيَابَةِ عَنْ أَوْلِيَاءِ النَّسَبِ؛ فلا يجوز تركُ نَظَرِهِمْ.

والثاني: يَصِحُّ كولي النَّسَبِ وَالْوَلَاءِ.

ولا تقابل خصال الكفاءة بعضها ببعض، حتى لو زُوِّجَتْ أَمَةٌ عفيفةٌ من حُرٍّ فاسق، أو حُرَّةٌ فاسقةٌ من عَبْدٍ عَفِيفٍ، أو عجميةٌ عَفِيفَةٌ من عَرَبِيٍّ فَاسِقٍ، أو عربيةٌ فاسقةٌ من أعجمي عَدْلٍ، أو دَنِيَّةٌ سَلِيمَةٌ من نسيب معيبٍ دُونَ رِضَاهُ ـ لا يصح؛ لما في الزَّوْجِ من النقص.

ولو زَوَّجَ السيد أَمَتَهُ من عَبْدٍ، أو دَنِيِّ النَّسَبِ دون رضاها ـ يَصِحُّ؛ لأنهما متكافئان؛ لأن نَسَبَ الْحُرِّ ـ وإن كان دنيًا ـ فلا يكون دون العبد.

وإن زوجها من غير كُفْءٍ أو مِمَّنْ به عَيْبٌ من العيوبِ الأربعةِ ـ لم يجز دون رِضَاهَا؛ لأن الحقَّ في الاستمتاع بها؛ بدليل أن الْفَسْخَ بسبب الْعُيُوبِ إليها.

وقيل: يصح، ولها الخيار؛ كما ذكرنا في الحرة تُزَوَّجُ من غَيْرِ كُفْءٍ، والأول المذهب، فإن رضيت فَزُوِّجَتْ مِمَّنْ به عيبٌ ـ لا امتناع لها من التمكين.

= (ﷺ) أن أباها زوَّجها من غير كفء، خيَّرها رسول الله (ﷺ)، ولم يبطل نكاحها من أصله، ولو كانت الكفاءة شرطاً في صحة النكاح لأبطله النبي (ﷺ).

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٨٠ ـ ٥٨١) كتاب الطلاق: باب ما جاء في نفقة المطلقة، حديث (٦٧) ومن طريقه أحمد (٦/ ٤١١، ٤١٢) ومسلم (٣/ ١١١٤) كتاب الطلاق: باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث (٣٦/ ١٤٨٠) وأبو داود (٢/ ٧١٢ ـ ٧١٣) كتاب الطلاق: باب في نفقة المبتوتة، حديث (٢٢٨٤) والنسائي (٦/ ٧٥ ـ ٧٦) كتاب النكاح: باب إذا استشارت المرأة رجلاً فيمن يخطبها هل يخبرها بما يعلم، والبيهقي (٧/ ١٨٠ ـ ١٨١) كتاب النكاح: باب من أباح الخطبة على خطبة أخيه.

وابن الجارود رقم (٧٦٠) وابن حبان (٤٢٧٦ ـ الإحسان)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٦٥) وابن سعد في «الطبقات» (٨/ ٢١٣ ـ ٢١٤) عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس به.

وأخرجه مسلم (٢/ ١١١٩) كتاب الطلاق: باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث (٤٧/ ١٤٨٠) والترمذي (٣/ ٤٤٢) كتاب النكاح: باب ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، وابن ماجه (١/ ٦٠١) كتاب النكاح: باب لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث (١٨٦٩) من طريق وكيع ثنا سفيان عن أبي بكر بن أبي الجهم بن صخر العدوي قال: سمعت فاطمة بنت قيس تقول: قال رسول الله ﷺ: إذا حللت فآذنني فآذنته فخطبني معاوية وأبو الجهم بن صخر.

ولو باعها مِمَّنْ به عيبٌ من هذه العيوب الأربع بغير رِضَاهَا - يصح؛ لأن الشِّرَاءَ لا يُرادُ للاستمتاع، ثم هل لها الامتناعُ من التَّمْكِينِ؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: بلى؛ لأن الْوَطْءَ في مِلْكِ اليمينِ بعقد النِّكَاحِ.

والثاني: لا؛ لأنها مملوكته، وتصرفه فيها بِحقِّ الْمِلْكِ.

ولو كان بكل واحد من الزوجين عَيْبٌ، فكالحرة على وجهين. [ولو زوج أمته بِمَهْرٍ بَخْسٍ -يصح ولا يزاد، وإن زَوَّجها بلا مهر فهو تفويضٌ صحيحٌ][1] ولو زوجَ الأبُ أو الجدُّ ابنته الْبِكْرَ الصَّغِيرَةَ، أو البالغةَ دون رِضَاهَا، أو ابنته المجنونةَ بِمَهْرٍ بَخْسٍ، أو بلا مهر، سواء صَرَّحَ بأن لا مهر لها أو سكت عن ذكره - ففيه قولان:

أصحهما - وبه قال أبو حنيفة: يصحُّ النكاحُ، ويجب مهرُ المثل بالعقدِ؛ لأن المهر من جُمْلَةِ الزَّوَائِدِ، فتركه لا يمنعُ صِحَّةَ العقدِ.

والثاني: لا يصح؛ لأنه بَخَسَ حَقَّهَا؛ كما لو زَوَّجَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ.

ولو قبل الأبُ لابنه الصغير نِكَاحَ امرأةٍ معيبةٍ بِجُنُونٍ، أو جُذام[2]، أو قرن، أو بَرَصٍ[3]، أو رَتْقٍ - لا يصح على الصَّحيح من المذهب.

وفيه قول آخر: يصح، ويثبت الخيارُ إذا بلغ كما ذكرنا في تَزْوِيجِ الصَّغِيرَةِ من غير كُفْءٍ، وإن قبل له نِكَاحَ خُنْثَىٰ، فإن قلنا: يثبت به الخيار، فكالمجنونة، وإن قلنا: لا يثبت فكالْعَمْيَاءِ.

ولو قَبِلَ له نِكَاحَ امرأةٍ ذمية، [أو كتابية][4]، أو امرأة عَمْيَاءَ، أو مقطوعة يد أو رِجْلٍ، أو عَجُوزٍ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن هذه الْخِصَالَ لا تَثْبُتُ بالخيارِ، فلا يمنع الْعَقْد.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا نَظَرَ له فيه.

ولو قَبِلَ له نكاح الْأَمَةِ؛ لا يصح لأنه لا يخاف العيبَ، وإن قَبِلَ لابنه المجنونِ نِكَاحَ الأَمَةِ، وهو مُعْسِرٌ، وَيَخْشَىٰ منه الْعَنَتَ - جاز؛ فإن قبل له نكاحُ معيبة بعيبٍ آخر؛ فكالصغيرة.

---

(١) سقط في أ.

(٢) الجُذَامُ: عِلَّة تَتأكّل منها الأعضاء وتتساقط.
ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١١٣).

(٣) البَرَصُ: بَيَاضٌ يقع في الجسم لعِلَّة.
ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٩).

(٤) سقط في أ.

قال الشيخ: رحمه الله ـ: لو قَبِلَ الوكيلُ المطلقُ للموكل نِكَاحَ أحد من هؤلاء ـ يصح؛ لأنه يتصرفُ بالنيابة.

ولو قَبِلَ لابنه الصَّغير، أو المجنون نِكَاحَ امرأةٍ بمهر الْمِثْلِ، أو بِعَيْنٍ من أعيانِ مال الابن قيمتها مهر المثل ـ يصح، وتملكها المرأةُ.

فإن قبل بأكثر من مَهْرِ الْمِثْلِ، أو بِعَيْنٍ [من أعيانِ مال الابن][1] قيمتها أكثر من مَهْرِ المثلِ ـ فيه قولان:

أصحهما: يصحُّ النكاحُ، ولا يَجِبُ إلاَّ مهرُ الْمِثْلِ.

والثاني: لا يصح؛ لأنه بَخْسٌ بِحَقِّهِ.

ولو قبل بصداق من مال نَفْسِهِ ـ صح، عينًا كان أو دينًا، قدر مهر المثل أو أكثر، ولها المسمَّى؛ لأنه لا ضَرَرَ على الابن فيه.

فَصْلٌ في تَزْوِيجِ الإِمَاءِ

لا يجوزُ تزويجُ الأَمَةِ لأحدٍ من أَقَارِبِهَا، ووليها سيدها، وله تزويجها جبراً، سواء كانت بكراً أو ثيباً، صغيرة أو مجنونة، أو عاقلة بالغة، ولا فرق فيه بَيْنَ القِنَّةِ والْمُدَبَّرَةِ، والمُعَلَّقِ عِتْقُهَا بِصَفَةٍ، لأنه تَصرُّفٌ بِحَقِّ الملك؛ كالبيعِ، والإِجَارَةِ.

ويجوزُ تزويجُ أُمِّ الولد جَبْراً على أصحِّ الأقوال؛ لأنها مملوكةٌ، كما يجوزُ إِجَارَتُهَا، وفيه قولان آخران:

أحدهما: يُزَوِّجُهَا بِرِضَاهَا، ولا يزوجها دون رضاها، لاختلاف مِلْكِهِ عليها.

والثاني: لا يجوز تزويجها أصلاً؛ لأن ملك المولى عليها مختل هي [لا تملك][2] أمرها، فلا يتمُّ لأحدٍ عليها ولايةٌ.

ولو طَلَبَتِ الأمةُ وأم الولد سيدها ـ بتزويجها لا تجب الإجابة، لأنه ينقصُ قيمتها، ولأنه ربما يُرِيدُ أن يَسْتَمْتِعَ بها.

وقيل: إن كانت الأمةُ محرماً له يَجِبُ تزويجُها، وكذلك المعتق بعضها[3] لأنها لا تحلُّ له بحال، بخلاف المشتركة بينه وبين غيره ـ لا يجب تزويجها بِطَلَبِهَا، لأنه قد يخلص له فتحل، والمذهبُ الأول أنه لا يجبُ.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: غير مالكة.

(٣) في أ: نصفها.

أما المُكَاتَبَةُ: لا يجوزُ لها أن تَنْكِحَ دون إذْنِ المولى، ولا للمولى تزْوِيجَها بغيرِ إذْنِهَا، لاختلال ملكه عليها، وإن زَوَّجَها المولى بِرِضَاهَا يَصِحُّ.

وقيل: لا يصحُّ تَزْوِيجُهَا أَصْلاً، لأن مِلْكَ المولى عليها مختل، وهي لا تملكُ أَمْرَهَا، فلا يتمُّ لأحد عليها ولاية؛ والأول أصحُّ.

ولو طلبت المكاتبةُ مولاها بِالتَّزْوِيجِ، هل يجب الإجابةُ؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: بلى، لأنه يَحْصُلُ لها المهرُ، فتستعين به في أَدَاءِ النُّجوم.

والثاني: لا؛ لأنها تشتغل بحقِّ الزوج، ولا تتفرغُ لتحصيلِ النُّجُومِ، وربما تعجز، وتعود إليه نَاقِصَةَ الْقِيمَةِ.

وإن كانت الأَمَةِ لامرأةٍ يُزَوِّجُهَا وليُّ المرأةِ بإذنها، صغيرةً كانت أو كَبِيرَةً، مَجْنُونَةً أو عَاقِلَةً، ولا يشترط رضا الأمة، سواء كان المولى مِمَّنْ يَجْبِرُ السَّيِّدَةَ على النِّكَاح، أو لا يجبر؛ كالأخ، والعم.

وصريح نطق السيدة شرط، وإن كانت بِكْرًا؛ لأنها لا تَسْتَحِي من تَزْوِيجِ أَمَتِهَا حتى تكتفي بِسُكُوتِهَا، فإن كانت الأمةُ صغيرةً، أو سَفِيهَةً، أو مجنونة ـ فهل يجوز تزويجها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا يجوز تزويج عَبْدِه، لأنه ينتقص به قيمتها، وربما تحبل فيخشى هلاكها.

والثاني: يجُوز، وبه قال أبو حنيفة، لأن النظر هو اكتِسَابُ المَهْرِ، وإسقاط النفقة عنه بخلاف العبد، فَإِنَّ في تَزْوِيجه ضَرَراً عليه من صَرْفِ أكسابه إلى المَهْرِ والنفقة.

فإن قلنا: يَجُوزُ تزويجها. فإنما [يجوز][1] أن يُزَوِّجَهَا وَلِيُّ نكاحها الذي يَلِي الْمَالَ، وهو الأبُ أو الجدُّ دون غيرهما ممن يَلِي المالَ، لأن ولاية النكاحَ تقتضي ولاية سوى المال، ولا ولاية على الصَّغِيرَةِ لغيرِ الأب والجد، حتى لو كانت الصغيرةُ ثيباً لا يجوزُ للأبِ والجد تَزْوِيجُ أَمَتِهَا، لأنه لايزوجها، وإن كانت البنتُ مجنونةً ـ جاز.

قَالَ الشَّيخ: وإن كانتِ الأَمَةُ للسفيه يشترط إذن الولي، لأَنَّ الولي لا يُزَوِّجُهَا دون إِذْنِهِ.

وقيل: يجوز لوليِّ المال تَزْوِيجُ أَمَةِ الصَّغِير والمجنون، نَسِيبًا كان، أَو وَصِيًّا، أَو قَيِّمًا؛ لأَنَّه بمنزلة المتصرِّف في المال.

(١) سقط في أ.

وقيل: هذا الوجهُ في تَزويجه عَبْدَهُ، وليس بصحيح.

والعبدُ الْمَأْذُونُ في التِّجَارَةِ إذا ٱشْتَرَىٰ أَمَةٍ ـ نظر؛ إن لم يكن على المأْذُونِ دَيْنٌ يجوز للسيِّد تَزوِيجُ تلك الأَمَةِ، وبيعها، وهبتها، وإعتاقها، ووطئها بِغَيْرِ إِذْنِ الْعَبْدِ.

وإن ٱشْتَرَىٰ طعامًا جَازَ للسَّيِّدِ أَكْلُهُ.

وقيل: لا يجوز شَيْءٌ من ذلك بغير إذن العَبْدِ ما لم يحدث حجرًا؛ والأَوَّلُ أَصَحُّ.

ثمَّ البيع، والهبة، والإعتاق؛ يتضمَّن حجرًا عليها فيها، والتَّزويجُ لا يَتَضَمَّنُ، والْوَطْءُ حَجْرٌ إِنْ لم يعزل، وإن عزل فلا.

فإن كان على المَأْذُونِ دَيْنٌ بسبب التِّجَارَةِ، سواء كان يَسْتَغْرِقُ ماله، أو لا يستغرق، ـ فلا يجوز لِلسَّيِّدِ شَيْءٌ من هذه التَّصَرُّفات قبل قَضَاءِ الدَّيْنِ؛ لأَنَّه بعد الحجر عليه لا يجوزُ أَيضًا قبل قضاء الدَّيْنِ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغرماءِ بماله، فلو زَوَّجَهَا المَوْلَىٰ بإذن العبد والغرماء ـ يَجُوزُ، ولا يجوز تَزْوِيجُهَا دون إِذْنِ الْمَوْلَىٰ، ولو زَوَّجَهَا الْمَوْلَىٰ دون إِذْنِ العبد ـ فيه وجهان:

أَحدهما: يَجُوزُ؛ لأَنَّ الْحَقَّ فيها لِلْغُرَمَاءِ، وقد أَذِنُوا.

والثاني: ـ وهو الأَصَحُّ ـ لا يجوز؛ لأَنَّ حَقَّ الغُرماءِ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ العبدِ، والعبدُ لم يَرْضَ به، وكذلك لو زَوَّجَهَا بإِذْنِ العبدِ دون إِذْنِ الغُرَمَاءِ ـ فيه وجهان:

أَصَحُّهُمَا: لا يجوز؛ لأَنَّ الغُرَمَاءَ لم يرضوا بتأْخيرِ حَقِّهِمْ، وتعلقه بِذِمَّةِ العبدِ إلى أن يُعْتَقَ؛ وكذلك لو رَهَنَهَا العبدُ بإِذْنِ الْمَوْلَىٰ ـ فوجهان:

الأَصَحُّ: لا يجوز.

ولو وطئها الْمَوْلَىٰ بإذن العبدِ والغرماء ـ يجوز، ولو وَطِئَهَا بإِذْنِ الغُرَمَاءِ دون إِذْنِ الْعَبْدِ ـ فوجهان:

أَحَدُهُما: يَجُوزُ، كما يجوز للرَّاهِنِ وَطْءُ الجاريةِ المَرْهُونَةِ بإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ.

وإذا وَطِئَهَا بِغَيْرِ إذنهم، هل يَجِبُ عليه المهر؟ فيه وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لا [يَجِبُ][1]؛ كما لو وَطِىءَ الْمَرْهُونَةَ.

والثَّاني: يجبُ بخلافِ المَرْهُونَةِ، لأن منفعة المرهونة للراهن، ومنفعة عبد عبده الْمَأْذُونِ لاَ تَكُونُ للمولى إذا كان عليه دَيْنٌ.

ولو أَحْبَلَهَا الْمَوْلَى، فالولدُ حُرٌّ، ثم إن كان موسراً تصير أُمَّ وَلَدٍ له وعليه قيمتها،

---

(١) سقط في أ.

فيصرف في الدَّيْنِ، وإن كان مُعْسِراً لا تصيرُ في الحال أُمَّ ولد له وتُبَاعُ في الدَّيْنِ، فإذا بيعت، ثم مَلَكَهَا فهل تَصير أمَّ ولد له؟ فكالمرهونة.

وكذلك الجارية الجانية إذا اسْتَوَلَدَهَا الْمَوْلَى وهو معسر، والوارثُ إذا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً من التَّرِكَةِ، وهو معسر، وعَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ لا تصير أم ولد له، فإذا مَلَكَهَا بعده فكالمَرْهُونَةِ، وحيث لم نجعلها أُمَّ ولد له في الحال - [لا](1) يجب عليه قيمةُ الولدِ في جَارِيَةِ الْعَبْدِ المأذونِ، وفي جَارِيَةِ التَّرِكَةِ، ولا يجبُ في الْجَانِيَةِ والمَرْهُونَةِ، لأن وَلَدَ المرهونة خَارِجٌ من الرَّهْنِ.

ولو أَعتق عبد عبده المَأذون، وعليه دَيْنٌ، أَو الوارث عبدًا من التَّرِكَةِ، - وعلى الميتِ دَيْنٌ - قيل: في نفوذ عتقه قولان: كَالْمَرْهُونَةِ.

قال الشيخ: المذهب؛ أنه إن كان معسراً لا ينفذ عِتْقُهُ، وإن كان موسراً ينفذ كالاستيلاد، وعليه الأقلُّ من الدَّيْنِ أو قيمة العبد كَإِعتاقِ الجاني.

ولو كان للمكاتب عَبْداً وأَمَةً - لا يجوز للمولى تزويجُه بغير إذن المكاتب، ولا للمكاتب بغير إذنِ الْمَوْلَى، فإذا أَذِنَا، ففيه قولان كتبرعاته.

فَصْلٌ
فِي الْغرُورِ

إذا شُرِطَ في عَقْدِ النِّكَاحِ في أَحَدِ الزَّوْجيْنِ نَسَبٌ شَرِيفٌ، أَو حرفةٌ(2)، فلم يكن، سواء كان كفئًا للآخر أَو لم يكن - ففي صِحَّة النِّكاحِ قولان:

أَحدهما: لا يصحُّ النِّكَاحُ؛ لأَنَّ النِّكَاحَ عقد وصف؛ فالخلف فيه كالخلف في العَيْنِ؛ كما لو أَذِنَتْ في زَيْدٍ، فَزُوِّجَتْ من عمرو - لا يصحُّ.

والقول الثَّاني - وهو الأَصَحُّ، وبه قال أَبو حنيفة - رحمه الله -: يصحُّ النِّكَاح؛ لأَنَّ فقد الوصف لا يمنع صِحَّةَ العقد؛ كما لو اشترى عبدًا على أَنَّه كَاتِبٌ فلم يكن؛ يصحُّ العَقْدُ.

وكذلك كُلُّ وَصْفٍ شُرِطَ في أَحدهما فَفُقِدَ، سواء كان ذلك وَصْفَ كمالٍ من إِسلام، أَو يسار، أَو جمال، أَو شباب، أَو شرط في المرأَة أَنَّها بِكْرٌ، فلم تكن.

أَو كان ذلك وصف نقص من قبح، أَو كبر، أَو طول، أَو قصر.

---

(1) سقط في أ.

(2) في أ: حرية.

أَو شرط في المرأَة أَنَّها كِتَابِيَّةٌ، أَو ثَيِّبٌ؛ فكانت مسلمة، أَو بكرًا ـ ففي صِحَّةِ النِّكاحِ قولان:

فإِنْ قلنا: النِّكاح باطِلٌ يفرق بينهما، ولا شَيْءَ على الزَّوْجِ إِن كان قبل الدُّخُولِ، وإِن كان بَعْدَ الدُّخُولِ بها، فلا حَدَّ عليه بِشُبْهَةِ الإِخْتِلاف، عالِمًا كان أَو جاهِلاً، وعليه مهرُ المثلِ، وعليها العدَّةُ، ولا سُكْنَىٰ لها، ولا نفقة إِن كانت حائِلاً.

وإِن كانت حَامِلاً فقولان، بناءً على أَنَّ النَّفَقَةَ للحملِ، أَو للحائل.

فإِن قلنا: للحائل ـ وهو الأَصَحُّ ـ لا يجب.

وإِن قلنا: للحمل يَجِبُ. فإِن قلنا: النِّكَاحُ صَحِيحٌ، فهل يثبتُ للمغرورِ الخيارُ في فَسْخِ النِّكاحِ، أَم لا؟ نظر إِن كان الْمَشْرُوطُ وَصْفَ نَقْصٍ؛ بأَن شرط في أَحدهما بأَنَّه رَقِيقٌ، أَو دَنِيُّ النَّسَبِ، فبان حُرًّا شَرِيفًا، أَو شرط في الْمَرْأَةِ بأَنَّها كتابيَّة فبانت مُسْلِمَةً، أَو ثَيِّبَ فبانت بِكْرًا، أَو شَرَطَ في أَحدهما أَنَّه قَبِيحٌ، أَو مُسِنٌّ، فبان حَسَنًا شَابًّا، ـ فلا خيار؛ كما لو اشْتَرَى عَبْدًا على أَنَّه غَيْرُ كَاتِبٍ، فبان كاتِبًا ـ لا خيارَ له.

وإِن كان المشروطُ صفةَ كَمَالٍ، بأَن شرط في أَحدهما حُرِّيَّةً أَو نَسَبًا شَرِيفًا، أَو جَمَالاً أَو يَسَارًا، ولم يكن، أَو شرط أَنَّ المرأَةَ مُسْلِمَةٌ فلم تكن، أَو بِكْرٌ فكانت ثَيِّبًا، ـ ثبت للآخر الخيار في الجملة.

ويشترط أَن يكون الغررُ في العَقْدِ، حتَّى يصيرَ على قولين، فإِن كان قد تقدَّم، فلا يُؤَثِّرُ في العَقْدِ لا في الصِّحَّةِ، ولا في الْخَيَارِ.

ثُمَّ الكلام في تفصيل الخيار وفي الغرور بِالنَّسَبِ وبالحُرِّيَّةِ، فنقول: لا يخلو إِمَّا إِن كان الغرورُ بِالنَّسَبِ، أَو بِالحُرِّيَّةِ، فإِن كان بِالنَّسَبِ لا يَخْلو، إِمَّا إِن كان من جِهَتِهِ، أَو مِنْ جِهَتِهَا.

فإِن كان من جِهَتِهِ بأَن شَرَطَ أَنَّه نَسِيبٌ، ولم يكن، نظر إِن كان نَسَبُهُ دون نَسَبِهَا ـ فلها الخيار، فإِن لم يفسخ فلأَوليائها الْفَسْخُ، لأَنَّهُمْ يُعَيَّرُونَ بِدَنَاءَةِ نَسَبِهِ، وإِن كان نَسَبُهُ مِثْلَ نَسَبِهَا أَو فوق نَسَبِهَا ولكنَّه دون المَشْرُوطِ، ـ فهل لها الخيارُ؟ فيه قولان:

أَصَحُّهُمَا: لا خيار لها؛ لأَنَّه لا عَارَ عليها في مقامها تحته.

والثَّاني: يثبت لأَجل الغُرُورِ، فعلى هذا إِن اخْتَارَتْ، فلا خيار لأَوْلِيائِهَا؛ لأَنَّهم لا يُعَيَّرُونَ به، وإِنَّما يَثْبُتُ لها الخيارُ لأَجْلِ الغرورِ.

وإِن كان الغُرورُ من جهتها، بأَن شَرَطَ أَنَّها شَرِيفَةٌ فلم تكن، ـ فهل له الخيار؟ نظر إِن كان نَسَبُهَا دون نَسَبِهِ، ففيه قولان:

أَصَحُّهما ـ وهو المذهبُ، واختيار المزني: يثبتُ له الخيار؛ كما يثبت لها إذا كان المَغْرُورُ من جِهَتِهِ.

والثَّاني: لا خيار له لمعنيين:

أَحَدُهُما: لأَنَّ الطَّلَاقَ بيده يمكنه مُفَارَقَتُهَا.

والثَّاني: لأَنَّه لا ضَرَرَ عليه في دَنَاءَةِ نَسَبِهَا.

فإن قلنا: يثبت الخيارُ، فإن كان نَسَبُهَا مثلَ نَسَبِهِ أَو فوقه، ولكنَّه دون المشروط، ـ فهل له الخَيَارُ؟ فيه قولان:

أَصحهما: لا يثبت، فحيث أَثبتنا الفسخ يَنْفَرِدُ به مَنْ له الخيارُ من غَيْرِ حَاكِمٍ، ولا رضا خَصْمٍ؛ كفسخ البيع بالعيب.

وإذا أُجيز العقد، فلِلْمَرْأَة الصَّداق، أَو المُسَمَّى في الْعَقْدِ، وإذا فسخ العقد، فإن كان قبل الدُّخُولِ، فلا شَيْءَ للمرأةِ، لا نصف مهر ولا منفعة؛ لأَنَّ الفسخ كان من قِبَلِها، فهي الْفَاسِخَةُ؛ فلا مَهْرَ لها.

وإن كان الفسخُ من قِبَلِهِ فهو بِغُرُورٍ كان من جهتها.

وإن كان بعد الدُّخُولِ، فلها المَهْرُ.

وأَيُّ مَهْرٍ يجب؟ فيه قولان:

المنصُوصُ: أَنَّ لها مَهْرَ الْمِثْلِ، سواء كان أَقَلَّ من المُسَمَّى أَو أَكْثر؛ لأَنَّه فَسْخٌ بِغُرُورٍ كان في العَقْدِ؛ فصار كأَن الْوَطْءَ عرى عن الْعَقْدِ.

والقول الثَّاني ـ وهو مخرج، وهو القياسُ: أَنَّ لها الْمُسَمَّىٰ؛ لأَنَّه بسبب وَطْءٍ وجد في نِكَاحٍ صحيحٍ، صَحَّ فيه الْمُسَمَّى، ويجبُ عليها العُدَّةُ، ولا سُكْنَىٰ لها، ولا نفقة إن كانَتْ حائِلاً.

وإن كانت حامِلاً وقلنا: النفقة للحمل تجب.

وإن قلنا: للحامل، وهو الأَصَحُّ، لا تجب.

وإن كان الْغُرُورُ بِالْحُرِّيَّةِ فلا يَخْلُو؛ إمَّا إن كان من جِهَتِهِ أَو من جِهَتِها.

فإن كان من جِهَتِهِ شَرَطَ أَنَّه حُرٌّ، فبان رقيقًا، أَو بعضه رقيقًا، فينظر إن كانت المرأَةُ حُرَّةً، فلها فَسْخُ النِّكَاحِ؛ فإن لم تفعل، فلأَوْلِيائِها الفَسْخُ؛ لأَنَّهم يُعَيَّرُونَ بِرِقِّهِ.

وإن كانت المرأَةُ رقيقةً، فهل لها الخيارُ؟ فيه قولان:

أَصَحُّهما: لا خِيَارَ لَهَا.

والثَّاني: يثبتُ لأجلِ الغُرُورِ.

وإن كان الْغُرُورُ من جهتها ولاَ يُتَصَوَّرُ ذلك من سَيِّدِها؛ لأَنَّ السَّيِّدَ إن شرط حُرِّيَّتَهَا تعتق، إنَّما يُتَصَوَّرُ منها بأن تقول: أَنا ٱبنة السَّيِّد؛ أَو من وكيل السَّيِّد ـ فينظر؛ إن كان الزوجُ حُرًّا، وهو مِمَّن يَحِلُّ له نِكَاحُ الأَمَةِ، فهل له الخِيَارُ؟ يبنى على الغُرُورِ بِالنَّسَبِ إذا كان الْغُرُورُ من جِهَتِهَا.

إن قلنا هناك: يَثْبُتُ له الخيارُ، فهاهنا يثبتُ للزَّوْجِ الْخِيَارُ، وهو المذهبُ.

وإن قلنا هناك: لا يثبت، فهاهنا وَجْهَانِ، بناءً على الْمَعْنَيَيْنِ، إن قُلْنا هناك: لاَ خِيَارَ له؛ لأَنَّ الطَّلاقَ بِيَدِهِ ـ فهاهنا أَيْضًا لا خِيَارَ له.

وإن قلنا: لاَ ضَرَرَ عليه، فَهَاهُنَا له الخِيَارُ؛ لأَنَّه يَتَضَرَّرُ بِكَوْنِ زَوْجَتِهِ رَقِيقًا، من حيث إن السَّيِّدَ لا يبَوِيها معه بيتًا، وإن ولده منها يكون رقيقًا.

وإن قلنا: يثبت له الخِيارُ إذا كان حُرًّا، فإذا كان رقيقًا هل يثبتُ له الخيارُ؟ فيه قولان:

أَصَحُّهما: لا؛ لأَنَّهما لا يَتَكَافَآنِ[1].

والثَّاني: يثبتُ لأَجْلِ الْغُرُورِ، فحيث قلنا: لا خيار، أَو أَثبتنا الْخِيَارَ فاختار[2]، والزَّوج عبد عليه المسمى، ويتعلَّق بكسبه. وإن فَسَخَ الْعَقْدَ، فإن كان قَبْلَ الدُّخُولِ لاَ شَيْءَ لها، وإن كان بَعْدَ الدُّخُولِ يَجِبُ عليه مَهْرَ الْمِثْلِ، أَو المسمى؟ فيه قولان؛ كما ذكرنا:

أَظهرهما: مَهْرُ الْمِثْلِ.

وأَقيسهما: الْمُسَمَّى، وبماذا يتعلَّقُ إذا كان الزَّوجُ عَبْدًا؟.

فيه ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، سواء كان الغُرُورُ من جِهته، أَو من جهتها وهو عبدٌ، أَو سَأَلَهُ[3] الخِيار، ففسخ ـ أَحدهما يتعلَّق بكسبه، والثَّاني بِرَقَبَتِهِ، والثَّالِثُ بِذِمَّتِهِ.

وكذلك إذا قلنا: النِّكَاحُ باطِلٌ [أَو كان قد][4] وطِىءَ ـ، فمهر المثل بماذا يتعلَّقُ؟ فعلى هذه الأَقوال.

ومهما كان الغرورُ من جِهَةِ الْمَرْأَةِ، وغرم الزوجُ المهر، فهل يرجع به على الغار أَم لا؟ نظر، إن أَجاز العقد، فلا يَرْجِعُ.

وإن فَسَخَ، قلنا: النِّكَاحُ بَاطِلٌ، أَو كان قد وَطِىءَ ـ فقولان:

---

(١) في أ: يتكافآن.

(٢) في أ: فأجاز.

(٣) في أ: وأثبتنا له.

(٤) في أ: وقد.

أَحدهما: يرجع، كما يرجعُ بِقِيمَةِ الأَولادِ في الغُرُورِ بِالحُرِّيَّةِ.

والثَّاني - وهو الأَصَحُّ -: لا يرجع؛ لأَنَّه قد اَستوفى مَنْفَعَةَ البضعِ بِمُقَابَلَةِ ما غرم من الْمَهْرِ، ولأَنَّه شرع في العقد على أَن يَتَقَدَّمَ عليه البضع دون الْوَلَدِ، فإِن قلنا: يرجع على الْغَارِّ، لم يَكُنْ له أَن يَرْجِعَ إِلاَّ بعد أَن يغرم، ثُمَّ إِن كان الْغُرُورُ بِالنَّسَبِ، فإِن كان مِنْ وَلِيِّهَا، أَو وَكِيلِ وَلِيِّهَا، - رجع بعد ما غرم للمرأَةِ بجميعه عَلَىٰ الْوَلِيِّ، أَو الوكيلِ، وإِن كان الأَوْلِيَاءُ جماعةً غروه - رجع على جَمِيعِهِمْ، وكذلك في كُلِّ صفة غروه بها سوى النَّسَبِ، فإِن كان الغُرورُ من جهة المرأَةِ، فلا مَهْرَ عليه، وهل يجبُ أَقَلُّ ما يُسْتَبَاحُ به البضعُ؟ فيه وجهان، بخلاف ما لو كان الغُرُورُ من جِهَةِ الْوَلِيِّ يرجعُ بجميعِ الْمَهْرِ، لأَنَّه قد غرم لها الْمَهْرُ، فلا يخلو الوَطْءُ عن الْمَهْرِ.

وإِن كان الْغُرُورُ بِالْحُرِّيَّةِ من جِهَةِ وَكِيلِ السَّيِّدِ - غرم الزَّوجُ الْمَهْرَ للسَّيِّدِ، ثُمَّ يرجع على الوكيل، وإِن كان مِنْ جِهَةِ الأَمَةِ، - رجع عليها بعد العِتْقِ بجميعه.

وإِن كان الزَّوجُ عبدًا فإِن قُلنا: يَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ بِذِمَّتِهِ، فبعدما عتق وغرم - رجع على الغار. وإِن قلنا: يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ، أَو رقبته، فبعد الأَداء من الكسب، أَو من الرَّقَبَةِ - رَجَعَ السيدُ على الغار.

وإِذا ذكرت الأَمةُ للوكيل: أَنها حُرَّةٌ، وذكر الوكيلُ للزوج رجع الزوجُ على الْوَكِيلِ بعدما غرم للسَّيِّدِ في الحال، ورجع الوكيلُ على الأَمَةِ بعدما عتقتْ، وإِن ذكرت ذلك للوكيل ثُمَّ للزَّوجِ، والرُّجُوع عليها دون الوكيل، فإِن ذَكَرَهُ الوكيلُ للزَّوجِ، لأَنَّها لما شَافَهَتِ الزَّوجَ خَرَجَ الوكيلُ من الوسط، وإِن تَواطَآ على أَن غرا الزَّوج - فالضَّمانُ عليهما نصفان، فيرجع على الْوَكِيلِ بِالنِّصْفِ في الْحَالِ، وبِالنِّصْفِ عليها بعد الْعِتْقِ.

وقيل: له أَن يرجعَ على أَيِّهما شَاء بالكُلِّ.

قال الشيخ: ثُمَّ هو يرجعُ على الآخرِ بِالنِّصْفِ، والأَخذ منها لا يكون إِلاَّ بعد الْعِتْقِ، وحيثُ أَثبتنا الرُّجُوعَ، فإِنَّمَا يرجعُ بما أَدَّىٰ، حَتَّى لو أَبْرَأَ عن الْمَهْرِ لاَ يَرْجِعُ بِشَيْءٍ، وإِن أَبْرَأَ عن بعضِهِ لا يرجِعُ بِمَا أَبْرَأَ عنه، وإِن أَوْجَبْنَا عليه الْمُسَمَّىٰ، فَأَدَّىٰ - ، رجع به لا بِمَهْرِ الْمِثْلِ، نص الشافعي - رضي الله عنه - على أَنَّه لو نَكَحَ اَمْرَأَةً على أَنَّها مُسْلِمَةٌ، فإِذا هي كتابيَّةٌ - فله الخيار. ولو نَكَحَهَا على أَنَّها حُرَّةٌ، فإِذا هي أَمَةٌ، - فلا خِيَارَ له، فمن أَصْحابِنا من قال: الْمَسْأَلَةُ الأُوْلَىٰ في الشَّرْطِ، والثَّانِيَة في الظَّنِّ.

ومنهم من قال: كلاهما في الظَّنِّ، ومنهم مَنْ جَعَلَ في ثُبُوتِ الْخِيَارِ فيهما بالظَّنِّ - قولين: بِالنَّقْلِ، وَالتَّخْرِيجِ:

أَصَحُّهما: لا خِيَارَ.

والثَّاني: يَثْبُتُ؛ كما في العُيُوبِ الْخَمْسِ إذا ظَنَّ أنَّها مُسْلِمَةٌ، ولم تكن، فله الخيار، ومنهم من فَرَّقَ على ظاهِرِ النَّصِّ، وقال: إذا ظَنَّ أنَّها مُسْلِمَةٌ فَبانَتْ كِتابِيَّةً له الْخِيارُ؛ لأنَّ وَلِيَّ الْكافِرَةِ كافِرٌ، وكان عليه إظْهارُ زِيِّ الْكُفَّارِ، فإذا لم يَفْعَلْ فقد غَرَّ، ووليُّ الأَمَةِ لا يَجِبُ عليه تَغْيِيرُ زِيِّهِ، فلا غُرُورَ مِنْ جِهَتِهِ، فلا خيار للزَّوجِ.

والأَصَحُّ الأَوَّلُ، وبِالظَّنِّ لا يَثْبُتُ الخِيارُ.

بَابُ الكَلامِ الَّذِي يَنْعَقِدُ به النِّكَاحُ

رُوِيَ عن جَابِرٍ - رَضِيَ الله عنه - عن رَسُولِ الله - ﷺ - قالَ: «اتَّقُوا اللهَ في النِّساءِ، فإنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ[1] الله وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ الله».

ولا ينعقد النِّكاحُ إلاَّ بِلَفْظ الإنْكاحِ، وَالتَّزْوِيجِ.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يَنْعَقِدُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُوضَعُ لِلتَّمْلِيكِ؛ كالبيع[2]، والهبة،

---

(١) في أ: بأمان.

(٢) اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بلفظ الهبة.

فذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى القول بأنه لا ينعقد النكاح بلفظ الهبة. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهري وربيعة.

وذهب الحنفية والمالكية إلى القول بانعقاد النكاح بلفظ الهبة، إلا أن المالكية قالوا: ينعقد بها النكاح بشرط ذكر المهر، ويظهر أنهم إنما اشترطوا في انعقاد النكاح بلفظ الهبة ذكر المهر لأن إسقاط المهر عندهم يؤثر في النكاح، ولما كان النكاح بلفظ الهبة يشعر بإسقاط المهر نظر إلى أن لفظ الهبة من ألفاظ التبرعات، لذلك قالوا: ينعقد بها النكاح مع ذكر المهر.

وقد استدل الشافعية ومن وافقهم على عدم انعقاد النكاح بلفظ الهبة بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقول الله تبارك وتعالى في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ: ﴿وامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا للنَّبِيِّ إنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾.

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله تعالى قال: ﴿خَالِصَةً لَكَ﴾ فدل ذلك على أن الانعقاد بلفظ الهبة من خصوصياته ﷺ، وأما السنة فما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «اتَّقُوا الله في النِّسَاءِ فَإنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ الله وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ الله»، ووجه الدلالة من الحديث أنهم قالوا: إن الكلمة التي أحلَّ الله بها التزوج في كتابه إنما هي الإنكاح والتزويج فقط، أخذا من الكتاب والسنة بالاستقراء دون الهبة.

وأما المعقول فقد قالوا فيه: إن الهبة من ألفاظ الطلاق حتى أنه ليقع الطلاق بقوله لزوجته: وهبتك لأهلك فلا يكون موجباً لضده.

واستدل المالكية والحنفية على انعقاد النكاح بلفظ الهبة بنفس الآية التي استدل بها الشافعية. ووجه الدلالة منها أنهم قالوا: إن هذا اللفظ انعقد به نكاح النبي ﷺ فوجب أن ينعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج.

والتَّمْليك[١]، فنقول: لفظ ينعقد به غَيْرُ النِّكَاحِ، فلا يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ؛ كلفظ الإباحَةِ وَالتَّحْلِيلِ.

وهل ينعقدُ بِالْفَارِسِيَّةِ، أو بِلِسَانٍ آخَرَ سوى العربية بصريح معنى اللفظين كقوله: بزنى كردم؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحُّهما: يَنْعَقِدُ كَسَائِرِ العقودِ.

والثاني: لا ينعقد إن كَانَ الْعاقِدُ لا يُحْسِنُ العربية، فيفوض إلى مَنْ يُحْسِنُ.

---

(١) اختلف الفقهاء أيضاً في انعقاد النكاح بلفظ التمليك.

فمنهم من يرى عدم انعقاده وهم الشافعية والحنابلة، ومنهم من يرى انعقاده وهم المالكية والحنفية وإليه ذهب ابن حزم في المحلى.

الأدلة: استدل الشافعية ومن وافقهم بما يأتي:

أولاً: بقوله ﷺ: «اتَّقُوا الله في النِّسَاءِ» الخ...

ثانياً: قالوا: إن لفظ التمليك ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به، وذلك لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ألا ينعقد النكاح بلفظ التمليك.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

أما الحديث فيقال لهم فيه إن قوله ﷺ: «وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ الله» لا يدل على حصر انعقاد النكاح في لفظ الإنكاح والتزويج، فقد جاء في حديث ما يدل على انعقاده بلفظ التمليك، فقد قال النبي ﷺ للرجل الذي خطب المرأة التي عرضت نفسها عليه «قَدْ مَلَّكْتُكَهَا».

ويقال لهم في المعقول: إن قولكم: إن الشهادة شرط في النكاح والكتابة إنما تعلم بالنية مسلم، ولكن قولكم: ولا يمكن الشهادة عليه النية لعدم اطلاعهم عليها، غير مسلم فإن القرائن دالة على أن المشهود عليه هو النكاح فإنه إذا قال إنسان لآخر بحضرة الشهود: ملكتك ابنتي بألف درهم مثلاً، فقال الآخر: قبلت، علم أن المراد التزويج، ولا يحتاج إلى إظهار النية، إذ إن دلالة الحال في الكتابات تجعلها صريحة، وتقوم مقام إظهار النية.

وأما المالكية والحنفية ومن معهم فقد استدلوا بقوله ﷺ: «قَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ زوجه إياها بلفظ التمليك، فدل ذلك على انعقاد النكاح به، وإلا لما قال له الرسول: «قَدْ مَلَّكْتُكَهَا»، فإن قيل: إنَّ هذا الحديث رواه سفيان بن عُيينة عن أبي حازم عن سهل فقال فيه: «قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا» ورواه زائدة، وحماد بن زيد وعبد العزيز بن محمد الدارا، وروى كلهم عن أبي حازم عن سهل، فقالوا فيه: «قَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَعَلِّمْهَا مِنَ الْقُرْآنِ»، وهو موطن واحد، ورجل واحد، وامرأة واحدة، فيكون من روي: «قَدْ مَلَّكْتُكَهَا» روي الحديث بالمعنى لظن الترادف، فلا تكون روايته حجة، يجاب عن هذا القول بأنه وإن كان موطن واحد ورجل واحد وامرأة واحدة، فإنه لا مانع من صحة الروايات كلها، ويكون قصد النبي ﷺ تعليمهم بأن كل هذه الألفاظ ينعقد بها النكاح، ولذلك وجدنا الرواة رغم اتحاد القصة اختلفوا في اللفظ، فمنهم من روي «قَدْ مَلَّكْتُكَهَا» ومنهم من روي «قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا» ومنهم من روي «قَدْ زَوَّجْتُكَهَا».

والثالث: إن كان لاَ يُحسِنُ العربيةَ يَنْعَقِدُ، وإن كان يُحْسِنُهَا فلا يَنْعَقِدُ بغيرها؛ كَالتَّكْبِيرِ فِي الصَّلاةِ، فلو قَالَ الوليُّ: بيور آدم بخيدبني فقال: بدير فيم[(١)] - لا يصح؛ لأنه لم يوجد معنى النكاح، ولو قال الولي: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، أو قال: أَنْكَحْتُكَ، فقال: تَزَوَّجْتُ، أو نَكَحْتُ، أو قَبِلْتُ تَزْوِيجَهَا أو نِكَاحَهَا - صح.

واتفاقُ اللَّفْظَيْنِ ليس بِشَرْطٍ، حتى لو قال أَحَدُهُمَا بلفظِ التزويج، والآخر بلفظ النِّكَاحِ - جاز، وكذلك لو ابْتَدَأَ الخاطبُ فقال: تزوجتُ، أو نَكَحْتُ ابْنَتَكَ، فقال الوليُّ: زَوَّجْتُكَ، أو أَنْكَحْتُكَ - جاز.

ولو قال الولي: زوجتك، أو أنكحتك، فقال الخاطب: قبلت، ولم يقل: نكاحها، أو تزويجها - فهل ينعقد؟

نصَّ هنا على أنه يقول: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا.

واقتصر في «الإملاء» على قوله: قبلت وقد قيل: فيه قولان.

وقيل ينعقد قولاً واحدًا، وحيث قال: يقول: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أراد به تأكيدًا.

وقيل: لا ينعقدُ قولاً واحدًا، وحيث أطلق محمولٌ على المفيدِ في الْمَوْضِعِ الآخَرَ.

وقيل: إذا قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي فقبلته؟ فقال: نعم، أو قال الخاطب: زَوِّجْنِي ابْنَتَكَ بكذا، قال: نعم - هل ينعقد؟ فَعَلَىٰ هَذَا الاختلافِ.

والأصح: لا ينعقد؛ لأن الانعقادَ حُصُولُهُ باللَّفْظِ لا بما يُفهم؛ كما لو قال: أَتُزَوِّجُنِي ابْنَتَكَ، فقال: نَعَمْ، فَقَالَ: قَبِلْتُ - لا يَصِحُّ.

[وكذلك لو قَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، فقال: نَعَمْ - لا يصح][(٢)].

ولو قال الخاطبُ: زَوَّجْتَ ابْنَتَكَ مِنِّي أو قال: أتزوجني ابْنَتَكَ؟ فقالَ الوليُّ: زَوَّجْتُكَ فلا ينعقدُ حتى يَقُولُ الْخُاطِبُ بعده: تزوجتُ.

[وكذلك لو قال الْوَلِيُّ أولا تَزَوَّجْتَ - ابْنَتِي، فقال: تَزَوَّجْتُ لا ينعقد حَتَّى يقولْ: زوجت][(٣)].

لأن الأولَ استفهام، فلا يقومُ مقامَ الإيجابَ والْقَبُولِ، أما إذا قال بلفظ الأمر: زَوِّجْنِي ابْنَتَكَ بِكَذا، فَقَالَ: [قبلت][(٤)] زوجتك - ينعقد، ولا يحتاج إلى القبول؛ لأن الأعرابيَّ الذي

---

(١) في أ: تبود آدم بغير بني فقال: بذيتم.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

خَطَبَ الْوَاهِبَةَ قَالَ للنبي - ﷺ - زَوِّجْنِيها فقالَ: زَوَّجْتُكَهَا[1]، ولم يوجد بعده قَبُولٌ.

وكذلك لو قال الوليُّ أولاً تَزَوَّجَ ابْنَتِي، فقال: تَزَوَّجْتُ - ينعقد.

وإن لم يَقُلِ الوليُّ بعده: زوجت.

وكذلك حكم البيع، والخلع، وغيرهما من الْعُقُودِ إذا قال: بِعْ مِنِّي عَبْدَكَ بِكَذا، فقال: بِعْتُ - تَمَّ البيعُ، وإن لم يقل: اشْتَرَيْتُ، أو قال الْبَائِعُ: اشْتَرِ مِنِّي عبدي بكذا، فقال: اشتريتُ - تَمَّ البيع، وإن لم يقل بعده: بِعْتُ.

ولو قال: أَتَبِيعُنِي عَبْدَكَ بكذا؟ فقال: بِعْتُ - فلا ينعقدُ، حَتَّىٰ يقولَ: اشتريت.

وإن قال البائع: أتشتري عَبْدِي بكذا؟ فقال: اشْتَرَيْتُ - لا ينعقد، حتى يقول بعده: بِعْتُ.

وعند أبي حنيفة في البيع إذا قال: يعني، فقال: بِعْتُ - يحتاج إلى القبول، بخلاف النِّكَاحِ، ومثله قولٌ بعيد لنا؛ لأن النِّكَاحَ يكثر فيه التسيب، فينزل مَنْزِلَةَ الْقَبُولِ، والأولُ المذهبُ؛ لأن الاستحبابَ على وَجْهِ الأَمْرِ بمنزلة الْقَبُولِ؛ كما في الْبَيْعِ.

ولو قال أجنبيٌّ للوليِّ: أَزَوَّجْتَ ابْنَتَكَ مِنْ فُلَانٍ؟ فقال: زَوَّجْتُ، ثم أَقْبَلَ على الْخَاطِبِ، فقال له: قَبِلْتَ نِكَاحَهَا؟ فقال: قَبِلْتُ - يصح.

وقيل: لا يصح؛ لأنه لم يوجد الْخِطَابُ بين المتعاقديْنِ؛ وكذلك الخلعُ والبيعُ.

ولو كَتَبَ بالتَّزويج إلى غَائِبٍ: أن زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، ولم يتلفَّظ - لا يصح؛ لأن الكتابةَ كِنَايَةٌ، والنِّكَاحُ لا ينعقدُ بالكنايةِ، ولأن الشهادة فيه شَرْطٌ، والشاهد لا يَطَّلِعُ عَلَىٰ مَا فِي الْقَلْبِ.

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١٩٠) كتاب النكاح: باب السلطان ولي، حديث (٥١٣٥) ومسلم (٢/ ١٠٤١) كتاب النكاح: باب الصداق، حديث (٧٦/ ١٤٢٥) ومالك (٢/ ٥٢٦) كتاب النكاح: باب في الصداق والحياء، الحديث (٨) وأحمد (٥/ ٣٣٠، ٣٣٦) والدارمي (٢/ ١٤٢) كتاب النكاح: باب ما يجوز أن يكون مهراً، وابن أبي شيبة (٤/ ١٨٧) والحميدي (٢/ ٤١٤) رقم (٩٢٨) وأبو داود (٢/ ٥٨٦) كتاب النكاح: باب التزويج على العمل يعمل، الحديث (٢١١١) والترمذي (٣/ ٤٢١) كتاب النكاح: باب في مهور النساء، الحديث (١١١٤) والنسائي (٦/ ١٢٣) كتاب النكاح: باب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق، وابن ماجه (١/ ٦٠٨) كتاب النكاح: باب صداق النساء، الحديث (١٨٨٩) وابن الجارود (ص ٢٤٠) كتاب النكاح، الحديث (٧١٦) وأبو يعلى (١٣/ ٥١٤ - ٥١٥) رقم (٧٥٢١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٦) كتاب النكاح: باب التزويج على سورة من القرآن، والدارقطني (٣/ ٢٤٧) كتاب النكاح: باب المهر، الحديث (٢١) والبيهقي (٧/ ٢٣٦) كتاب الصداق: باب ما يجوز أن يكون مهراً، والبغوي في «شرح السنن» (٥/ ٩٠ - بتحقيقنا) من طريق أبي حازم عن سهل بن سعد به.

ولو خَاطَبَ غائبًا بلسانه بمحضر شَاهِدَيْنِ: أن زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، ثم كتب، فبلغه، الكتابُ، أو لم يبلغه الخبرُ، فقال: تَزَوَّجْتُ، أو قَبِلْتُ نِكَاحَهَا بمحضر الشَّاهدين اللذين سمعا فيه مخاطبةَ الْوَلِيِّ، أو قال الخاطب في غيبة الولي: زَوِّجْنِي ابْنَتَكَ بمحضر شاهدين، فلما بلغ الخبرُ الوليَّ، فقال: زوجتُ بمشهدهما ـ ففيه وجهان:

أصحهما: لا يصح؛ لأن القبول تَرَاخَىٰ عن الإيجابِ.

والثاني: يصحُّ، وجعل كأنه خَاطَبَهُ حَالَةَ مَا أَتَاهُ الكتابُ، أو الخبر، حتى لو فَارَقَ الْمَجْلِسَ الَّذِي بلغه فيه الخبر.

ثم قيل: لا يصح.

ولو قبل بمحضر شَاهِدَيْنِ آخرين غير مَنْ حَضَرَ خطاب الولي ـ لا يصح، وكذلك حكم البيعِ والهبةِ في الغيبة إذا كَتَبَ إلى غائبٍ: بِعْتُكَ كَذَا، أو وهبتك كَذَا، فلما أَتَاه الكتابُ، قال: اشتريتُ، أو قَبِلْتُ. هل يصحُّ أم لا؟ فيه وَجْهَانِ.

فَصْلٌ فيما يجب على الوكيل بالتزويج

يجب على الْوَكِيلِ بالتَّزوِيجِ أو بالقبول تَسْمِيَةُ الزَّوْجِيْنِ، فيقول وكيلُ الولي: زَوَّجْتُ بِنْتَ فُلاَنٍ من فلان، ويسمِّي الزَّوْجَ، ويقول وكيلُ الزَّوْج: قبلت نكاحها له، فلو قال قَبِلْتُ نِكَاحَهَا ولم يقل فيه وجهان؛ بناء على ما لو قال: قَبِلْتُ، ولم يقل: نكاحها.

ولو ابتدأ وكيلُ الزَّوج فقال: قَبِلْتُ نِكَاحَ فلانة بنت فلان منك بقوله لوكيل للولي، ويقول وَكِيلُ الوليِّ: زَوَّجْتُهَا من فُلاَنٍ، فلو قال: زَوَّجْتُ، ولم يقل: من فلان، فعلى هَذَيْنِ الوجهيْن.

وكذلك أبو الطِّفْلَيْنِ إذا زَوَّجَ أحدُهما ابنته من ابْنِ الآخَرَ ويُشْتَرطُ تَسْمِيَةُ الزَّوْجَيْنِ، فيقول ـ زوجت ابنتي من ابنكِ، فقال أبو الزَّوْج قَبْلَتُ نكَاحَهُمَا، فلو قال الوليُّ لِوَكِيلِ الزَّوج: زَوَّجْتُ ابْنَتِي مِنْكَ، فقال ـ قَبْلَتُ لفلان لا يصح؛ لأنه لم يَزَوِّجْهَا من فُلان.

ولو قال: قبِلْتُ نِكَاحَهَا ولم يقل لفلان ـ يقع العقدُ لِلْوَكِيل.

وكذلك إذا قال: أبو الطفل: زَوَّجْتُ ابنتي مِنْكَ فقال: قَبْلُتُ لابني ـ لا يصح ولو لم يقل: لابني لا يصح، ولو لم يقل: لابني يقع للأب، ويحرم على الابن على التأبيد وهذا بخلاف البيع.

ولا يحتاج الوكيل فيه إلى تسمية الموكل، حتى لو قال البائع لوكيل المشتري بعتُ منك، فقال: ابتعت، ونوى لفلان ـ يصحُّ لفلان ـ لأن ملك الثمن يقبل النقل من محل إلى

محل، فيجوز أن يقع العقد للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، والنكاح لا ينتقل ولهذا قلنا: لو قَبِلَ رجلٌ نكاح امرأةٍ بوكالة رجلٍ، ثم أنكر الموكل الوكيل لا يصحُّ النِّكَاحُ.

ولو اشترى بوكالةِ رَجُلٍ شيئًا، ثُمَّ أَنْكَرَ الموكلُ التَّوْكِيلَ - يقعُ العقدُ لِلْوَكِيلِ، ولو قال البائعُ لِوكيلِ المُشْتَرِي: بِعْتُ من فُلَانٍ، فقال: قَبِلْتُ له - لا يصحُّ؛ لأنَّه لم يُخَاطِبِ الْعَاقِدَ، ولو قال: بِعْتُ منك، فقال: ابتعتُ لِفُلَانٍ - فيه وجهان.

ولو قَالَ الوَلِيُّ لِرَجُلٍ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، ولم يُسَمِّهَا - يصحُّ إذا كانت له بِنْتٌ وَاحِدَةٌ، فإن كانت له ابنتان - فلا يصحُّ حَتَّى يُمَيِّزَ بينهما بِتَسْمِيَةٍ، أَو إشارةٍ، أَو وَصْفٍ، فيقول: زَوَّجْتُكَ ابنتي فاطمة، أو ابنتي هذه، أو ابْنَتِي [الْكُبْرَىٰ][1]، أَو ينويا بِقَلْبِهِمَا وَاحِدَةً بعينها، وكذلك العمُّ إذا كَانَ يُزَوِّجُ ابْنَةَ أَخِيه، وهنَّ جماعة، يجب أن يُمَيِّزَ - وإن ذكر اسْمَهَا يَجِبُ أن يَرْفَعَ في نَسَبِهَا إلى أن تُمَيَّزَ من غيرِها.

ولو قال: زَوَّجْتُكَ فَاطِمَةَ، ولم يقل: ابْنَتِي، وله ابنة واحدة - لم يصحّ؛ لأنَّه لم يُمَيِّزِ ابْنَتَهُ من غَيْرِهَا، فإن نَوَيَاهَا - جاز.

ولو قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي فَاطِمَةَ، وله بنتٌ واحِدَةٌ اسمها: عائِشَة - صَحَّ؛ لأنَّ قوله: ابْنَتِي صِفة لازمة لا تَتَعَدَّىٰ، فاعتبارها أَوْلَىٰ من اعتبارِ الاِسْمِ الَّذي يَتَعَدَّىٰ.

وقيل: لا يَصِحُّ. والأوَّل أَصَحُّ؛ كما لو أشار إليها فقال: زَوَّجْتُكَ هَٰذِهِ فَاطِمَةَ، وكان اسمها عائشة - صح؛ لأنَّ الإشارَةَ أَلْزَمُ، فالخَطَأُ في الاِسْمِ لا يَضُرُّ، وكذلك إذا كانت له ابْنَتَانِ اسمُ الكُبْرَىٰ: فاطمة، واسمُ الصُّغْرَىٰ عائشة، فقال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي الْكُبْرَىٰ عائشة، أو قال: ابْنَتِي الصُّغْرَىٰ فَاطِمَةَ - صَحَّ عَلَى مَنْ وَصَفَهَا بالصُّغْرَىٰ والْكُبْرَىٰ، لا على مَنْ سَمَّاهَا اعتبارًا بِالدَّوام.

ولو قال: زَوَّجْتُكَ ابنتي فَاطِمَةَ، وهو يَنْوِي الصَّغِيرَة، فَقَبِلَ الزَّوْجُ، ونَوَىٰ الصَّغِيرَةَ، صَحَّ العَقْدُ على الصَّغِيرَةِ؛ لاتِّفَاقِ نِيَّتِهِمَا، ولغت التَّسْمِية.

[ولو قال الأَبُ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي فَاطِمَةَ، ونَوَىٰ الصَّغِيرَةَ][2]، ولو قَبِلَ الزَّوْجُ، ونَوَىٰ الكَبِيرَةَ، - صَحَّ العَقْدُ في الظَّاهِرِ على الْكَبِيرَةِ؛ لأَنَّ الأَبَ قد سَمَّاهَا ونَواها الزَّوْجُ، ولا يصحُّ في البَاطِنِ.

ولو بُشِّرَ بِمَوْلُودٍ فقال لِجَلِيسِهِ إن كَانَتْ أُنْثَىٰ فقد زَوَّجْتُكَهَا، وكانت أُنْثَىٰ - لا يصحُّ.

---

(١) في أ: البكر.
(٢) سقط في أ.

وكذلك لو قالَ: إن كان قد مَاتَ زَوْجُ ٱبْنَتِي، فقد زَوَّجْتُكَهَا، ثُمَّ بَانَ موته ـ لا يصحُّ.

وخرج وجهٌ فيما لو باعَ مَالَ أَبِيهِ عَلَىٰ ٱعْتِقَادِ أَنَّهُ حَيٌّ، فَبَانَ ميتًا ـ هل يَصِحُّ أَم لا؟ فيه قولان.

ولو بُشِّرَ رَجُلٌ بِبِنْتٍ، فقال لِرَجُلٍ: إن صَدَقَ الخَبَرُ، فقد زَوَّجْتُكَهَا ـ صحَّ، ولا يكونُ ذلك تَعْلِيقًا، بل هو تَحْقِيقٌ، كما لو قالَ لامْرَأَتِهِ: إن كُنْتِ زَوْجَتِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فيكونُ تَنْجِيزًا للطَّلاقِ، حَتَّىٰ لو حَلَفَ أَلاَّ يَحْلِفَ بالطَّلاقِ [يحنث](1) بهذا، وتكونُ «إن» بِمَعْنَىٰ «إذ»؛ كَقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَخَافُونِ إِنْ كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٧٥].

وكذلك لو كان لِرَجُلٍ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، فَأُخْبِرَ بِمَوْتِ إِحْداهُنَّ، فقال لرجُلٍ: إن صَدَقَ الْخَبَرُ، فقد نَكَحْتُ ٱبْنَتَكَ، فقال: زَوَّجْتُكَهَا ـ يصحُّ

فَصْلٌ في خطب النِّكاحِ

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ـ ﷺ ـ: «كلُّ كَلَامٍ لاَ يَبْدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدِ للهِ ـ فَهُوَ أَجْذَمُ»(2).

وعن عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ ـ رَضِيَ الله عنه ـ قال: إِذَا أَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يَخْطُبَ خِطْبَةَ الحَاجَةِ فَلْيَبْدَأْ ـ وفي رواية أُخرى: فِي خِطْبَةِ الْحَاجَةِ مِنَ النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ، فَلْيَقُلْ: الْحَمْدُ للهِ نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلاَ مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يُضْلِلْ فَلاَ هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ، وَحْدَهُ لاَ شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، ثُمَّ يَقْرَأُ هَذِهِ الآيَاتِ الثَّلاَثِ: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢]، ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَتَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١] ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ﴾ ـ حَتَّى بَلَغَ ـ ﴿فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠].

وَرَفَعَهُ بَعْضُهُمْ عَنْ عَبْدِ اللهِ قَالَ: عَلَّمَنَا رَسُولُ اللهِ ـ ﷺ ـ خِطْبَةَ الْحَاجَةِ، فَذَكَرَ نَحْوَهُ(3).

---

(1) في أ: لا يحنث.

(2) تقدم

(3) أخرجه أبو داود الطيالسي ص (٤٥) ـ حديث (٣٣٨)، مسند عبد الله بن مسعود وأحمد (١/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣، ٤٣٢) والدارمي (٢/ ١٤٢) كتاب النكاح ـ باب في خطبة النكاح وأبو داود (٢/ ٥٩١ ـ ٥٩٢) كتاب النكاح باب في خطبة النكاح حديث (٢١١٨) والترمذي (٣/ ٤١٣) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في خطبة النكاح ـ حديث (١١٠٥) والنسائي (٦/ ٨٩) كتاب النكاح ـ باب ما يستحب من الكلام عند النكاح وابن ماجة (١/ ٦٠٩) كتاب النكاح ـ باب خطبة النكاح ـ =

ويُسْتَحَبُّ لمن خَطَبَ ٱمْرَأَةً؛ أَن يُقَدِّمَ بين يَدَيْهِ خُطْبَةً، فَيَحْمِدُ الله، وَيُثْنِي عليه، ويُصَلِّي على النَّبِيِّ - ﷺ - وَيُوصِي بِتَقْوَىٰ اللهِ، ثُمَّ يقول: جِئْتُكُمْ رَاغِبًا في كَرِيمَتِكُمْ.

وفي الجَوابِ: يَفْعَلُ الْوَلِيُّ كذلك، فيحمد الله، ويُصَلِّي على النَّبِيِّ - ﷺ - ويُوصِي بِتَقْوَىٰ اللهِ، ثُمَّ يقول: لَسْتَ بِمَرْغُوبٍ عَنْكَ، أَو نحو ذلك.

وعند الْعَقْدِ أَيضًا يَخْطُبُ الْوَلِيُّ، أَو الزَّوجُ، أَو أَجنبيٌّ، فيحمد الله، ويُصَلِّي على النَّبِيِّ - ﷺ - وَيُوصِي بِتَقْوَىٰ الله - عَزَّ وَجَلَّ - ، ويُرَغِّبُ في النِّكَاحِ.

فلو خَطَبَ الخاطِبُ، ثُمَّ قال: تَزَوَّجْتُ ٱبنَتَكَ، فالوليُّ حَمَدَ الله، وَصَلَّىٰ على النَّبِيِّ - ﷺ - وَأَوْصَىٰ بِتَقْوَىٰ الله - عَزَّ وَجَلَّ - ثم قال: زَوَّجْتُكَ - ، فتخلل هذه الكلمات بين الإيجابِ والقبول هل يمنع العقد؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: يمنعُ؛ لأنها ليست من الْعَقْدِ؛ كما لو ٱشْتَغَلَ بكلامٍ آخر.

والثاني: لا يُمنع، وهو الأصحُّ، إذا لم يُطِلْ؛ لأنها من مصلحة العقد؛ كالإقامة بين صَلاَتَي الجَمْعِ، والتَّيمُّم مع طَلَبِ الْمَاءِ.

فإن أَطَالَ الخطبةَ بينهما - لم يصحَّ، ويستحبُّ أن يقول ما قال [عمر][1]: أَنْكَحْتُكَهَا عَلَىٰ مَا أَمَرَ الله مِنْ إِمْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ.

وترك الخطبة لا يمنع صِحَّةَ العقدِ؛ لأن النبي - ﷺ - قال للأعرابي الذي خَطَبَ الْوَاهِبَةَ: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، بِلاَ خُطْبَةٍ[2].

ويستحب أن يُدْعَىٰ للزَّوجين بعد العقد.

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ الله عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - كَانَ إِذَا رَفَا الإِنْسَان - أَيْ:

= حديث (١٨٩٢) وابن الجارود في المنتقى ص (٢٢٧) كتاب النكاح - حديث (٦٧٩) الحاكم (٢/ ١٨٢ - ١٨٣) كتاب النكاح - باب خطبة الحاجة، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ١٧٨) والبيهقي (٧/ ١٤٦) كتاب النكاح باب ما جاء في خطبة النكاح - من حديث ابن مسعود قال: «كان رسول الله ﷺ يعلمنا خطبة الحاجة، الحمد لله، أو أن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا. من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلاَّ الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله. ثم تصلُ خطبتك بثلاث آيات من كتاب الله ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته﴾ إلى آخر الآية. ﴿واتقوا الله الذي تسألون به والأرحام﴾ إلى آخر الآية. ﴿اتقوا الله وقولوا قولاً سديدًا يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم﴾ إلى آخر الآية زاد الطيالسي عن شعبة قال: قلت لأبي إسحاق، هذه خطبة النكاح وفي غيرها: قال: في كل حاجة.

(١) في أ: ابن عمر.

(٢) تقدم.

تَزَوَّجَ - قَالَ: «بَارَكَ الله لَكَ، وبَارَكَ عَلَيْكَ، وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِي خَيْرٍ»[١].

بَابُ مَا يَحِلُّ مِنَ الحَرَائِرِ

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣].

ولا يجوزُ لأحدٍ من الأمة أن يَنْكِحَ أكثرَ من أَرْبعِ نِسْوَةٍ، وكان ذلك من خَصَائِصِ النبيِّ - ﷺ.

ثم الحر يَجُوزُ له أن يَنْكِحَ أربعَ حَرَائِرَ مُسْلِمَاتٍ، أَوْ كِتَابِيَّاتٍ، أو بعضهن مسلمات، والبعض كتابيات.

وإن نَكَحَ أَمَةً، فلا يجوزُ أن ينكح أكثر من واحدة، فإن كان تحته أَمَةٌ - يجوزُ أن يَنْكِحَ عليها ثَلَاثَ حَرَائِرَ.

فأما العبدُ فلا يجوزُ أن ينكح أكثر من امْرَأَتَيْنِ مسلمتين، أو كِتَابِيَّتَيْنِ حرتين، [أَوْ أَمَتَيْنِ][٢]، وإنما جَازَ له نكاحُ أمتين؛ لأنهما في مِثْلِ حَالِهِ.

وقال مالك: يجوزُ للعبد أن يَنْكِحَ أَرْبَعًا؛ لظاهر القرآن، والمرادُ من الآية الحر، بدليل قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] والعبد لا يملك مُلك اليمين.

ولو كانت تحت حُرٍّ أربعُ حَرَائِرَ، فَطَلَّقَهُنَّ ثلاثًا، أو خالعهن - يَجُوزُ أن يَنْكِحَ أربعًا سواهن في عَدَدِهِنَّ، وإن طَلَّقَ واحدةً ثلاثًا، أو خالعها، أو فَسَخَ نِكَاحَهَا - يجوزُ أن يَنْكِحَ أُخْتَهَا في عِدَّتِهَا، كذلك لو وَطِيءَ امرأةً بِالشُّبْهَةِ - فيجوز أن يَنْكِحَ أختها، وأربعًا سِوَاهَا في عِدَّتِهَا.

وعند أبي حنيفة: لاَ يَجُوزُ، فيقول: هَذِهِ المطلقةُ أجنبيةٌ منه؛ بدليل أنه لو وَطِئَهَا عَالِمٌ بالحالِ - يجب عليه الْحَدُّ، بل هي أبعدُ من الأجانب؛ لأن الأجنبية لا تَحِلُّ له في الحال بالعقد، والمطلقة ثلاثًا لا تَحِلُّ له إلاَّ بعد زَوْجٍ آخَرَ

وإذا كانت أجنبيةً، فلا يحرم عليه نِكَاحُ أختها، وأربعٍ سواها؛ كما بعد انقضاء عِدَّتِهَا.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤١) كتاب النكاح باب ما يقال للمتزوج حديث (٢١٣٠) والترمذي (٣/ ٤٠٠) كتاب النكاح، باب ما جاء فيما يقال المتزوج حديث (١٠٩١) وابن ماجه (١/ ٦١٤) كتاب النكاح: باب تهنئة النكاح حديث (١٩٠٥) وأحمد (٢/ ٣٨١) والدارمي (٢/ ١٨٠) وابن حبان (٤٠٤١) والحاكم (٢/ ١٨٣) من حديث أبي هريرة.

(٢) سقط في أ.

فأما إذا طَلَّقَ [زوجته طَلاَقًا][(١)] رجعيًا - فلا يجوزُ نِكَاحُ أختها، وأربع سواها في عِدَّتِهَا بِالاتِّفَاقِ؛ لأنها في حُكْمِ نِكَاحِهِ؛ بدليل [بقاء][(٢)] خَصَائِصِ النِّكَاحِ بينهما، حتى يلحقها طَلاَقُهُ.

ويصحُّ إيلاؤه وظهاره عنها، وأيهما مات وَرِثَهُ الآخرُ، فلو قال الزوج: أَخْبَرَتْنِي الرجعيةُ بانقضاءِ عِدَّتِهَا، فقالت: لم أُخْبِرْهُ ولم تنقض عِدَّتِي - يجوزُ للزَّوج نِكَاحُ أختها، وأربعِ سِوَاهَا؛ لأن بزعمه أنها ليست في الْعِدَّةِ.

ولو طَلَّقَهَا لا يقعُ، ولو وَطِئَهَا يَجِبُ الحدُّ.

وقيل: لا يجوزُ له نِكَاحُ أُخْتِهَا وأربع سِوَاهَا؛ لأن القولَ قولُها في بَقَاءِ العدةِ، فعلى هذا لو طَلَّقَهَا يقعُ، ولو وَطِئَهَا لا حدَّ عليه؛ والأولُ أَصَحُّ.

أما النفقةُ والسُّكنى؛ فلا تَسْقُطُ بالاتفاقِ؛ لأن قوله في سقوط حَقِّهَا لا يُقبل.

ولو طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الأمةَ طلاقًا رجعيًا، ثم اشْتَرَاهَا، أو اشتراها قبل أن يُطَلِّقَهَا - له أن يَنْكِحَ أُخْتَهَا في الْحَالِ، أو أربعًا سِوَاها؛ لأن فراشها قد زَالَ.

فَصْلٌ

المنكوحة إذا هَلَكَتْ بعد الدخول - لا يسقط مَهْرُهَا؛ لأنه استقرَّ بِالدُّخُولِ، حُرَّةً كانت أو أَمَةً، ماتت، أو قتلت نَفْسَهَا، أو قَتَلَهَا غيرُها.

أما إذا هَلَكَتْ قبل الدُّخُولِ؛ نظر إن ماتت، أو قَتَلَهَا أجنبيٌّ، أو قتلها زَوْجُهَا - استقرَّ مَهْرُهَا ولا يسقط، حرة كانت أَوْ أَمَةً.

ولو قلتها مستحقُّ المهرِ، نُصَّ في الأمة إذا قَتَلَتْ نَفْسَهَا، أو قتلها سَيِّدُهَا - أن لا مَهْرَ لها. وقال في «الأمِ»: إن قَتَلَتْ الحرةُ نَفْسَهَا قبل الدخول - لا يسقط شَيْءٌ من مَهْرِهَا.

قال ابن سريج: المسألة على قولين:

أحدهما: يسقط في الْمَوْضِعَيْنِ؛ لأن قَطْعَ النِّكَاحِ قبل الدخول كَانَ من قِبَلِهَا؛ كما لو ارْتَدَّتْ قبل الدُّخُولِ.

والثاني: لا يسقط؛ لأنها فرقةٌ وقعت بِانْقِضَاءِ المدَّةِ؛ كما لو ماتت.

فإن قلنا: يسقط، ففي الأمة سواء قَتَلَتْ نَفْسَهَا أو قتلها سَيِّدُهَا [يسقط][(٣)]؛ لأن السيدَ

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لا يسقط.

يستحقُّ المهر، فيسقط بفعله، والأمة ـ وإن لم تكن مَالِكَةً لِمَهْرِهَا، ولكن قد يَسْقُطَ المهر [بصنعها][(١)]. فإنها لو ارْتَدَّتْ أو أرضعت الزَّوجَ قبل الدخول ـ يَسْقُطُ مَهْرَهَا.

وفي الْحُرَّةِ إن قتلت نَفْسَهَا يسقط، وإن قتلها وَلِيُّهَا لا يسقطُ؛ كما لو قتلها أجنبيٌّ.

وفرق الشيخ أبو إسحاق بين الحرة والأمة على ما نص ـ وهو الأصح ـ فقال: مهر الْحُرَّةِ لا يَسْقُطُ بالقتل، وَمَهْرُ الأَمَةِ إذا قتلت نَفْسَهَا، أو قتلها سَيِّدُهَا ـ يَسْقُطُ.

والفرقُ أن الحرةَ تصيرُ كالمسلَّمةِ إلى الزَّوج بالعقد؛ بدليل أنها إذا أرادت السفر، كان لِلزَّوْجِ مَنْعُهَا، والأمة لا تصير مُسَلَّمَةً بالعقدِ؛ بدليل أن للسيدِ أن يُسَافِرَ بها، فلم يستقر مِهْرُهَا إلاّ بالدُّخول.

وقال الإصطخري: الأَمَةُ إذا قتلها أجنبيٌّ، أو مَاتَتْ قبل الدُّخول ـ يسقط لهذا المعنى، وهي كَالسِّلْعَةِ المبيعةِ إذا تَلِفَتْ قبل التَّسليم ـ يَسْقُطُ الثَّمَن، والمذهب أنه يسقط[(٢)]؛ لأن انْتِهَاءَ النِّكَاحِ بالموتِ كانتهاء الإجارةِ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ.

قال الشَّيْخُ ـ رحمه الله: إذا قلنا بِظَاهِرِ المذهبِ: إن السيد إذا قَتَلَ أمته يَسْقُطُ مهرها.

وإذا تزوج رَجُلٌ أَمَةَ أبيه؛ ثم وَطِئَهَا الأبُ قبل دخول الابن بها ـ وجب أن يَسْقُطَ مَهْرُهَا؛ لأن قطعَ النِّكَاحِ وجد من مُسْتَحِقِّ المهرِ قبل الدخول؛ كما لو قتلها سَيِّدُهَا.

وحكى المزنيُّ قولاً آخر: لا يسقط مهرُ الأمةِ، سواء قَتَلَتْ نَفْسَهَا، أو قتلها سَيِّدُهَا؛ وهو قولُ أبي يوسف ومحمد؛ كما لا يسقط مَهْرُ الْحُرَّةِ.

وقال أبو حنيفة: إذا قَتَلَهَا سَيِّدُهَا سَقَطَ، وإن قَتَلَتْ نَفْسَهَا فَلاَ يَسْقُطُ.

فَصْلٌ

إذا قَبِضَتِ الْحُرَّةُ الصَّدَاقَ ـ يجب عليها تسليمُ نَفْسِهَا إلى الزَّوْجِ، إن كانت مُحْتَمِلَةَ الْجِمَاعِ. أما الأَمَةُ المزوَّجَةُ فلا يَجِبُ على المولى أن يُبَوِّيَهَا مع الزوج، ثم إن آوَاهَا مع الزَّوج ليلاً ونهارًا ـ يجب على الزوج له الصَّدَاقُ، وتمامُ النفقة، وإن مَنَعَهَا عنه ليلاً ونهارًا، فلا نَفَقَةَ عليه، وَلاَ يُسَلِّمُ المهرَ [ويجب تسليمها][(٣)].

ولو زَوَّجَ أَمَتَهُ، ثم باعها ـ يصح، والنِّكَاح بحاله؛ لأن عَائِشَةَ اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ بِإِذْنِ النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ وَكَانَ لَهَا زَوْجٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ بَعْدَ مَا عُتِقَتْ[(٤)].

---

(١) في أ: بعضها.
(٢) في أ: لا يسقط.
(٣) سقط في أ.
(٤) أخرجه أحمد (٦/٤٢ ـ ٢٠٩) ومسلم (٢/١١٤٣) كتاب العتق ـ باب إنما الولاء لمن أعتق. حديث =

ثم إن بَاعَهَا حيثُ لا يَقْدِرُ الزَّوج عليها ـ فلا نَفَقَةَ على الزَّوْجِ ما لم يُسَلِّمْهَا المشتري إليه، ولا يجب تسليمُ المهر إن كان قَبْلَ الدُّخُولِ، وإن كان قد سُلِّم يُسْتَرَدُّ.

ثم المهرُ لمن يكون؟ نظر إن كان قد سَمَّىٰ لها صَدَاقًا في العقدِ، صحيحًا أو فاسدًا ـ فالمهر للبائع، سَوَاءٌ دَخَلَ بها بعد البيعِ، أو قبله، حتى لو طَلَّقَهَا الزوجُ بعد البيع قبل الدُّخُولِ؛ فيكون نِصْفُ المهرِ لِلْبَائِعِ.

وإن تزوجها مفوضةً، ففرض لها قَبْلَ الْبَيْعِ؛ فيكونُ المفروضُ لِلْبَائِعِ كالمسمَّى في العقد، وإن دَخَلَ بها قبل البيع والفرض ـ [فَمَهْرُ الْمِثْلِ للبائعِ.

وأما إذا بَاعَهَا قبل الْفَرْضِ والدُّخُولِ، ثم فَرَضَ لها بعد البيعِ، أو دخل بها ـ فالمفروضُ][1] وَمَهْرُ الْمِثْلِ لمن يكون؟

اخْتَلَفَ أصحابُنا فيه: منهم مَنْ قال: فيه قولان؛ بناء على أن المفوضةَ إذا دَخَلَ بها زَوْجُهَا، أو فرض لها، يجب المهرُ بالدُّخول والفرض، أم يتبين أنه وَجَبَ بالعقدِ؟ فيه قَوْلاَنِ:

إن قلنا: يجبُ بالدُّخول والفرض، فيكون للمشتري؛ لأنه وجد في مِلْكِهِ.

وإن قلنا: يتبين أنه وَجَبَ بالعقدِ؛ فيكون لِلْبَائِعِ.

ومن أصحابنا مَنْ قال: يكون لِلْبَائِعِ قولاً واحدًا؛ لأن البضعَ دَخَلَ في ضَمَانِهِ بِالْعَقْدِ، فالعقدُ هو السَّبب. وكذلك كان لها المطالبةُ بالفرض قبل الدُّخول، والعقد كان في مِلْكِ البائع.

ولو مَاتَ أحدُهما بعد البيع قبل الدخول ـ قلنا: يجب الْمَهْرُ؛ فالمهرُ لمن يكون؟ فعلى هذا الاختلاف.

أما إذا طلَّقها بعد الْبَيْعِ قبل الْفَرْضِ وَالْمَسِيسِ ـ فالمتعةُ تكون لِلْمُشْتَرِي؛ لأنها تَجِبُ بالطَّلَاقِ، والطلاقُ كان في مِلْكِ الْمُشْتَرِي.

= (٩/ ١٥٠٤) وأبو داود (٢/ ٦٧٢) كتاب الطلاق ـ باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد ـ الحديث (٢٢٣٣) والترمذي (٣/ ٤٦٠ ـ ٤٦١) كتاب الرضاع ـ باب ما جاء في المرأة تعتق ولها زوج الحديث (١١٥٤) وابن ماجة (١/ ٦٧٠ ـ ٦٧١) كتاب الطلاق ـ باب خيار الأمة إذا أُعتقت ـ الحديث (٢٠٧٤) و(٢٠٧٥) والدارقطني (١/ ٢٨٩) كتاب النكاح ـ باب المهر الحديث (١٦٦) والبيهقي (٧/ ٢٢١) كتاب النكاح ـ باب الأمة تعتق وزوجها عبد من حديث عائشة: «أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبدًا فخيرها رسول الله ﷺ ولو كان حرًا لم يخيرها».

(١) سقط في أ.

ولو أعتقها السيدُ بعد ما زَوَّجَهَا، فكلُّ موضعٍ قلنا: يكون المهر في البيع للبائع؛ ففي الْعِتْقِ يكون لِلْمُعْتِقِ.

وإن قلنا هناك: يَكُونُ للمشتري، ففي الْعِتْقِ يكون للمرأةِ، ثم حيث جَعَلْنَا المهرَ للبائع، أو للمعتقِ، وكان قَبْلَ الدُّخُولِ ـ فليس لها، ولا للبائع، ولا للمعتق، ولا للمشتري حَبْسُهَا لاستيفاء الصَّدَاقِ؛ لأن البائعَ والمعتقَ لا مِلْكَ لهما عليها، والمشتري والمرأة غيرَ مَالِكَيْنِ لِلصَّدَاقِ.

وإن قلنا: المهرُ للمشتري، أو لها في الْعِتْقِ، فيجوزُ للمشتري، ولها في العتق حَبْسُ نَفْسِهَا لاستيفاءِ الصَّدَاقِ، وحيث جَعَلْنَا المهرَ لِلْمُعْتِقِ، فَأَوْصَىٰ لها بِذَاكَ الْمَهْرِ ومات، وَقَبِلَتِ الوصيةُ ـ لم يَكُنْ لها حَبْسُ نَفْسِهَا لاستيفائِهِ؛ لأن استحقاقها ليس بِالنِّكَاحِ، بل بِالْوَصِيَّةِ؛ فعليها تسليمُ نَفْسِهَا، وتطالبه بِالصَّدَاقِ بحكم الْوَصِيَّةِ.

وكذلك لو زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ، ثم مات قَبْلُ دُخُولِ الزوج بها وعتقت، وَصَارَ الصَّدَاقُ لِلْوَارِثِ ـ ليس لها، ولا للوارث حَبْسُهَا لِاسْتِيفَائِهِ، وكذلك إن أَوْصَىٰ لها بِالصَّدَاقِ.

ولو زَوَّجَ أَمَتَهُ تزويجًا فاسدًا، ثم باعها، فإن وَطِئَهَا الزوجُ قبل البيع ـ فَمَهْرُ الْمِثْلِ لِلْبَائِعِ، وإن وَطِئَهَا بعد الْبَيْعِ ـ فللمشتري؛ لأنه يجب بِالْوَطْءِ لا بالعقدِ، وإن أَعْتَقَهَا، فإن وَطِيءَ قَبْلَ العتق ـ فالمهر لِلْمُعْتِقِ، وإن وَطِيءَ بعده ـ فللمرأة.

ولو زَوَّجَ أَمَتَهُ من عبده، فلا صَدَاقَ لها، فلو أعتقها السيدُ، أو أعتق وَاحِدًا منهما، ثم دَخَلَ بها ـ فلا يجب؛ لأن العقدَ لم يكن يجب به الصَّدَاقُ.

فَصْلٌ هل يجب الإعفاف على بيت المال

إذا كان الرَّجُلُ مُحْتَاجًا إلى النِّكَاحِ ـ وهو مُعْسِرٌ ـ لا يجبُ إعفافهُ من بَيْتِ المال، ولا على المسلمين، ولا يجب على الأب إِعْفَافُ الابنِ، ويَجِبُ على الْوَلَدِ إعفافُ الأب إذا كان مُعْسِرًا محتاجًا إلى النِّكَاحِ؛ لأن دَمَ الأبِ مَحْقُونٌ بدمِ الولد؛ لأنه لا يقتلُ بِوَلَدِهِ، فلأن يكون مَحْقُونًا بماله أَوْلَىٰ، ولم نوجب عليه تَزْوِيجَهُ، فربما يَقَعُ في الزِّنَا فيقتل به، سواء كان الولد ذَكَرًا أو أنثى، وكذلك وَلَدُ الولدِ ـ وإن سفل ـ يستوي فيه أَوْلَادُ الابن، وأولادُ البنت؛ كما في وُجُوبِ النفقة.

وفيه قولٌ مخرجٌ: أنه لا يجبُ على الْوَلَدِ إعفافُ الأب؛ كما لا يَجِبُ على الأبِ إِعْفَافُ الابنِ، وهو قولُ أبي حنيفة، واختيار المزني والأولُ المذهبُ؛ لأنه أخذ ما به قوامُ

العالم، فيجب لِلْوَالِدِ على الولد [كالنفقة][(١)].

وإن كان الأبُ معسرًا غير زَمِنٍ، ففي وجوب إعْفَافِهِ قَوْلَانِ؛ كالنفقة.

وقال أبو إسحاق: يجب الإعفافُ، وإن لم تَجِب النفقة؛ لأنه إذا لم يُنْفِقْ أُنفق عليه من بَيْتِ المال، وإذا لم يعف لم يكن له جِهَةٌ أخرى يَتَعَفَّفُ بها.

وإذا اجتمع جِدَّانِ محتاجان، فإن اتَّسَعَ مالُ الولد ـ وجب إِعْفَافُهُمَا ونفقتهما، وإن لم تَتَّسِعْ، نظر إن اسْتَوَيا في الدَّرَجَةِ، وأحدهما عَصَبَةٌ ـ فهو أَوْلَىٰ؛ مثلُ أب الأب أَوْلَىٰ من أب الأم، وإن لم يَكُنْ واحد منهما عصبةً، فهما سواء، وإن اختلفا في الدرجة فَأَقْرَبُهُمَا دَرَجَةً أَوْلَىٰ، وإن استويا في التَّعْصِيبِ أو عَدَمِ التَّعْصِيبِ، كما أن الأبَ أَوْلَىٰ من أَبِ الأبِ، وكذلك أب الأم أَوْلَىٰ من أَبِ أَبِ الأمِّ، ومن أَب أمِّ الأم، وإن كان الأبعدُ عَصَبَةً دون الأقرب، فهما سَوَاءٌ.

ونعني بالإعفاف أن يعطيه مَهْرَ امرأةٍ حُرَّةٍ، مسلمةٍ أو كتابية، أو يقول له: تَزَوَّجْ وأنا أُعْطِي المهرَ [من عندي][(٢)] أو يملكه جَارِيَةً، أو ثمن جارية، لا أنه يقبلُ عليه العقد دون إِذْنِهِ؛ لأنه لا ولايةَ لَهُ عليه، ولا يعقدُ إلاَّ بوسط من النِّسَاءِ.

فلو أراد أن يُزَوِّجَهُ بامرأةٍ عَجُوزٍ، أو شَوْهَاءَ، أو دَنِيئَةٍ ـ فله أَلاَّ يَرْضَىٰ.

ولو أراد الأبُ امرأةً في غاية الشَّرَفِ والجمال ـ ليس له ذلك، ثم على الابن أن يُنْفِقَ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ، أو على أَمَتِهِ إن ملكه أمة، وهل يجوزُ للأبِ أن يَتَزَوَّجَ أَمَةً؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: يجوزُ؛ لأنه معسرٌ يَخَافُ الْعَنَتَ.

والثاني: لا يجوز وهو الأصح؛ لأنه لما أوجب على الابن إعفافه، فهو موسرٌ بمال الابن.

ولو ملكه الابن جَارِيَةً، ثم أَيْسَرَ الأبُ ـ لا رجوعَ للابن فيها؛ كما لو دَفَعَ إليه النفقة، ثم أَيْسَرَ والنفقة باقية ـ لا يرجع.

ولو زَوَّجَهُ امرأةً، فطلَّقها الأبُ بلا عُذْرٍ، أو خَالَعَهَا، أو ملَّكه أمة، فأعتقها ـ لا يجب عليه الإبدالُ؛ لأنه مفرط.

وإن ماتت، أو فَارَقَتْهُ بِعَيْبٍ، أو فَارَقَهَا الأبُ بعذرٍ من عَيْبٍ وُجِدَ بها، أو طلقها لِشِقَاقٍ، أو نُشُوزٍ يجب أن يُبَدِّلَ؛ كما لو دفع إليه نَفَقَةً، فسرق منه ـ يجب الإبدال.

---

(١) في أ: النفقة.

(٢) سقط في أ.

وإن كان الفراقُ بائنًا يجب أن يبدل في الْحَالِ، وإن كان طلاقًا رجعيًا، فحتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، ولا يجبُ قبل ذلك؛ كما لاَ يَجِبُ قبل مُفَارَقَتِهَا.

ويجوزُ(١) للابن أن يَنْكِحَ جَارِيَةَ الأبِ، والولدُ يُخْلَقُ رقيقًا للجد، ثم يعتق عليه بحكم النَّسَبِ، ولا يجبُ على الابنِ قيمةُ الولدِ؛ لأنه لم يمنع الرِّقَّ، بل يعتقُ على الجد بِحُكْمِ الملكِ.

ولو وَطِىءَ الابنُ جاريةَ الأب، فهو كالأجنبيِّ يَطَؤُهَا، وإن كان [وطئها](٢) بشبهة ظَنَّهَا زَوْجَتَه الحرةَ، أو أمة مملوكة ـ فالولد حُرٌّ لا ولاء عليه، على أصحِّ الوجهين، وعليه قيمةُ الولد للأب يوم سقط، [وإن ظَنَّهَا زَوْجَتَهُ الأمةَ، فالولد يُخْلَقُ رقيقًا، وعتق على الجدِّ؛ ولا يجب قِيمَتُهُ](٣).

وإن وَطِئَهَا عالمًا بِالتَّحْرِيمِ، فهو زِنًا عليه الحدُّ، بخلاف ما لو سَرَقَ مالَ الأبِ لا قطع عليه؛ لأن له شبهة في ماله بِوُجُوبِ النَّفَقَةِ؛ كالعبد يَسْرِقُ مَالَ سيده لا قَطْعَ عليه.

ولو زَنَا بجاريةِ سيده يُحَدُّ، ويجب المهرُ إن كانت مُكْرَهَةً، وإن طاوعت، فلا يجب على أَصَحِّ الوجهين، ولو أَتَتْ بولدٍ، فهو رقيقٌ للأب، ولا يعتقُ عليه؛ لأن النَّسَبَ غيرُ ثَابِتٍ.

فأما الأبُ إذا وَطِىءَ جارِيَةَ الابن ـ فلا يخلو، إما أن كان الابن قد وَطِئَهَا، أو لم يَطَأْهَا، فإن لم يَطَأْهَا فَلاَ حَدَّ على الأب لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ.

قَالَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ»(٤)؛ لأنه قد يستحقُّ على الابن من جِنْسِ ما استوفاه؛ لأن على الولد إِعْفَافُ الأبِ؛ كما لو سَرَقَ مال الابن لا قَطْعَ عليه؛ لأنه يستحقُّ عليه النفقةَ عند الْحَاجَةِ.

---

(١) في أ: ولا يجوز.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) ورد هذا الحديث عن جماعة من أصحاب النبي ﷺ وهم جابر بن عبد الله وعبد الله بن عمرو وعمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وسمرة بن جندب وعبد الله بن مسعود وأبو بكر الصديق وعائشة ورجل من الأنصار.

حديث جابر.

أخرجه ابن ماجة (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب ما للرجل من مال ولده حديث (٢٢٩١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٥٨) كتاب القضاء والشهادات: باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا، وفي «مشكل الآثار» (٢/ ٢٣٠) وابن عدي في «الكامل» (٧/ ١٦٥) كلهم من طريق يوسف بن أبي إسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولدًا وإن أبي =

. . . .

= يريد أن يجتاح مالي فقال: أنت ومالك لأبيك.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٠٢): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري.

وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٣٧): قال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذري رجاله ثقات، وقال في «التنقيح»: ويوسف بن أبي إسحاق من الثقات المخرج لهم في الصحيحين ا.هـ وقد توبع يوسف على هذا الحديث.

تابعه عمرو بن أبي قيس.

أخرجه السهمي في «تاريخ جرجان» (ص ـ ٣٨٥) من طريق عمرو عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: أنت ومالك لأبيك.

وتابعه: أبان بن تغلب.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ٧٢) من طريق أبان بن تغلب عن محمد بن المنكدر عن جابر به.

وتابعه المنكدر بن محمد بن المنكدر.

أخرجه الطبراني في «المعجم الصغير» (٢/ ٦٢ ـ ٦٣) من طريق عبيد بن خصلة ثنا عبد الله بن نافع المدني عن المنكدر بن محمد بن المنكدر عن أبيه عن جابر بن عبد الله قال:

جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن أبي أخذ مالي فقال النبي ﷺ للرجل اذهب فأتني بأبيك فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ فقال: إن الله يقرئك السلام ويقول إذا جاءك الشيخ فسله عن شيء قاله في نفسه ما سمعته أذناه فلما جاء الشيخ قال له النبي ﷺ: ما بال ابنك يشكوك أتريد أن تأخذ ماله؟ فقال: سله يا رسول الله هل أنفقته إلاَّ على عماته أو خالاته أو على نفسي؟ فقال النبي ﷺ: إيه دعنا من هذا أخبرنا عن شيء قلته في نفسك ما سمعته أذناك. فقال الشيخ: والله يا رسول الله ما يزال الله يزيدنا بك يقينًا، لقد قلت في نفسي شيئًا ما سمعته أذناي فقال: قل وأنا أسمع قال: قلت:

غدوتك مولودًا ومنتك يافعًا ... تحل بما أجني عليك وتنهل
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت ... لسقمك إلاَّ ساهرًا أتململ
كأني أنا المطروق دونك بالذي ... طرقت به دوني فعيناي تهمل
تخاف الردى نفسي عليك وإنها ... لتعلم أن الموت وقت مؤجل
فلما بلغت السن والغاية التي ... إليها مدى ما فيك كنت أؤمل
جعلت جزائي غلظة وفظاظة ... كأنك أنت المنعم المفضل
فليتك إذا لم ترع حق أبوتي ... فعلت كما يفعل الجار المجاور يفعل
تراه معدًا للخلاف كأنه ... برد على أهل الصواب موكل

قال حينئذ أخذه النبي ﷺ بتلابيب ابنه وقال: «أنت ومالك لأبيك».

قال الطبراني: لا يروى هذا الحديث عن محمد بن المنكدر إلاَّ بهذا التمام والشعر إلاَّ بهذا الإسناد تفرد به عبيد بن خصلة والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٨) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه من لم أعرفه والمنكدر بن محمد ضعيف وقد وثقه أحمد والحديث بهذا التمام منكر.

. . . .

= حديث عبد الله بن عمرو.

أخرجه أحمد (٢/ ٢١٤) وأبو داود (٣/ ٨٠١ ـ ٨٠٢) كتاب البيوع والإجارات: باب في الرجل يأكل من مال ولده حديث (٣٥٣٠) وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب ما للرجل من مال ولده حديث (٢٢٩٢) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٩٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٥٨) كتاب القضاء والشهادات: باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا.

والبيهقي (٧/ ٤٨٠) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٤٩) وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (٢/ ٢٢) من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: أتى أعرابي رسول الله ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يجتاح مالي قال: أنت ومالك لوالدك إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أموال أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئًا.

حديث عمر بن الخطاب.

أخرجه البزار (٢/ ٨٤ ـ كشف) رقم (١٢٦١) وابن عدي في «الكامل» (٣/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦) من طريق سعيد بن بشير عن مطرف عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن عمر أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يأخذ مالي قال: أنت ومالك لأبيك.

قال البزار: لا نعلمه عن عمر مرفوعًا إلا من هذا الوجه وقد رواه غير مطرف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وقال ابن عدي: ولا أدري تشويش هذا الإسناد ممن هو لأن هذا الحديث يرويه جماعة عن عمرو بن شعيب عن أبي عن جده، ولا أعلم رواه عن سعيد بن المسيب عن عمر إلاَّ من حديث سعيد بن بشير هذا وسعيد بـن بشير له عند أهل دمشق تصانيف لأنه سكنها وهو نصري ورأيت له تفسيرًا مصنفًا من رواية الوليد عنه ولا أرى بما يروى عن سعيد بأسًا ولعله يهم في الشيء بعد الشيء ويغلط والغالب على حديثه الاستقامة والغالب عليه الصدق ا.هـ .

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٤) وقال: رواه البزار وسعيد بن المسيب لم يسمع من عمر.

حديث عبد الله بن عمر.

أخرجه أبو يعلى (١٠/ ٩٩) رقم (٥٧٣١) من طريق أبي حريز عن أبي إسحاق عن أبي عمر أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه أبو يعلى وفيه أبو حريز وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره وبقية رجاله ثقات اهـ .

قلت: قال ابن أبي حاتم في «المراسيل» (ص ١٤٦) عن أبيه قال: لم يسمع أبو إسحاق عن ابن عمر إنما رآه رؤية.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر.

أخرجه البزار (٢/ ٧٤ كشف) رقم (١٢٥٩) من طريق ميمون بـن يزيد عن عمرو بن محمد عن أبيه عن ابن عمر قال: جاء رجل يستعدي على والده فقال: إنه يأخذ مالي فقال له رسول الله ﷺ: أنت ومالك من كسب أبيك قال البزار: لا نعلمه عن ابن عمر مرفوعًا إلاَّ بهذا الإسناد.

. . . .

= وفي «نصب الراية» (٣/٣٣٩) قال البزار: لا نعلمه يروى عن ابن عمر إلاَّ بهذا الإسناد وعمر بن محمد فيه لين.

والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط وفيه: الولد من كسب الوالد وميمون بن يزيد لينه أبو حاتم ووهب بن يحيى ـ شيخ البزار ـ لم أجد من ترجمة وبقية رجاله ثقات.

حديث سمرة بن جندب.

أخرجه البزار (٢/ ٨٤ ـ كشف) رقم (١٢٦٠) والعقيلي في «الضعفاء» (٢/ ٢٣٤) والطبراني في «الكبير» (٧/٢٧٨ ـ ٢٧٩) رقم (٦٩٦١) كلهم من طريق عبد الله بن اسماعيل أبو مالك الجوداني ثنا جرير بن حازم عن الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.

قال البزار: لم يسنده غير أبو إسماعيل.

قال العقيلي: منكر الحديث لا يتابع على شيء من حديثه. . . وفي الباب أحاديث من غير هذا الوجه وفيها لين وبعضها أحسن من بعض. والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط وفيه عبد الله بن إسماعيل الجوداني قال أبو حاتم: لين وبقية رجال البزار ثقات.

حديث عبد الله بن مسعود.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤٠٢) والطبراني في «الصغير» (١/ ٨) وفي «الكبير» (١٠/ ٩٩) رقم (١٠٠١٩) من طريق معاوية بن يحيى عن ابراهيم بن عبد الحميد بن ذي حماية عن غيلان بن جامع عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله أن النبي ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.

قال الطبراني: لا يروى عن ابن مسعود إلاَّ بهذا الإسناد تفرد به ابن ذي حماية وكان من ثقات المسلمين.

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه الطبراني في الثلاثة وفيه ابراهيم بن عبد الحميد بن ذي حماية ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات.

وقد وثقه الطبراني كما تقدم.

حديث أبي بكر الصديق.

أخرجه البيهقي (٧/ ٤٨١) كتاب النفقات: باب نفقة الأبوين، من طريق المنذر بن زياد ثنا اسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم قال: حضرت أبا بكر الصديق فقال له رجل: يا خليفة رسول الله هذا يريد أن يأخذ مالي كله ويحتاجه فقال أبو بكر: إنما لك من ماله ما يكفيك فقال: يا خليفة رسول الله ﷺ أليس قال رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك فقال أبو بكر: أرضى بما رضي الله به.

قال البيهقي: والمنذر بن زياد ضعيف.

والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٨ ـ ١٥٩) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه المنذر بن زياد الطائي وهو متروك.

حديث عائشة.

أخرجه ابن حبان (١٠٩٤ ـ موارد) من طريق عطاء عن عائشة أن رجلاً أتى النبي ﷺ يخاصم أباه في دين عليه فقال النبي ﷺ: أنت ومالك لأبيك. =

وكذلك لو وَطِيءَ رجلٌ جاريةَ ابنته أو جَارِيَة واحدٍ من أولاد أولاده ـ وإن سفلوا من الذكور والإناث ـ سواء كان الابنُ مسلمًا أو ذميًا، موسرًا كان أو معسرًا ـ ويجب عليه المهر، وَحُرِّمَتْ على الابن على التَّأْبِيدِ.

ثم إن لم يُحْبِلْهَا الأبُ لا يزولُ ملكُ الابنِ، ولا شيء على الأب بسبب تَحْرِيمَهَا على الابنِ؛ كما لو أرضعتِ امرأةُ الرجل بِلَبَنِهِ جاريةً له صغيرة ـ تَحْرُمُ عليه، ولا يجبُ عليها شَيْءٌ، بخلاف ما لو أفسد نكاحه بِوَطْءِ شبهة؛ بأن وطئ زوجة ابنه، أو زوجة أبيه بشبهة ـ ينفسخ النِّكَاحُ، [ويغرم المهر؛ كما لو أَفْسَدَتِ النِّكَاح بالإرضاعِ على رجل ـ غرمت المهر؛ لأن الْحِلَّ في النِّكَاحِ][1] متقومٌ؛ إذ ليس فيه إلاَّ الْحِلُّ، وفي مِلْكِ اليمين غير متقوم؛ بدليل أنه لو اشْتَرَىٰ جاريةً فَوَجَدَهَا أخته ـ لا رد له، وإن أَحْبَلَهَا الأبُ، فهل تصيرُ أُمَّ ولد له؟ فيه قولان:

أحدهما[2] ـ وبه قال أبو حنيفة: تصير أُمَّ ولدٍ له؛ لأنها علقت [منه][3] بحر في شُبْهَةِ الْمِلْكِ؛ فتصير أُمَّ ولدٍ له؛ كالجاريةِ المشتركة يَسْتَوْلِدُهَا أَحَدُ الشَّرِيكين ـ وهو موسر ـ تصير أُمَّ وَلَدٍ له.

والثاني ـ وهو اختيارُ المزني: لا تصيرُ أُمَّ وَلَدٍ له؛ لأنه لا مِلْكَ له فيها وَقْتَ الإِحْبَالِ؛ كما لو استولد جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ، ثم اشْتَرَاهَا ـ لا تصير أمَّ ولد له.

ولا فرق على القولَيْنِ بين أن يكون الأبُ مُوسِرًا، أو معسرًا، بخلاف الجارية المشتركة بين اثنين[4]، إذا استولدها أحدهما[5]، وهو معسر لا يصير نصيب الشريك أم ولد له؛ لأن تنفيذَ الاستيلاد هناك لدفع الضَّرر عن الشَّريك، فلو نفذنا في حال الإعسار ـ تَعَلَّقَ حَقُّ الشريكِ بِذِمَّةٍ خَرِبَةٍ، وفيه ضررٌ عليه، ولا يزالُ الضَّررُ بِالضَّرَرِ، ونفوذ الاستيلاد ها هنا لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ، فاستوى فيه حالةُ الإِعْسَارِ وَالْيَسَارِ في حَقِيقَةِ الْمِلْكِ.

فإن قلنا: تصيرُ أُمَّ وَلَدٍ له، فالولدُ حُرٌّ لا ولاء عليه، ولا يجبُ على الأب قيمتُه؛ لأنا نَحْكُمُ بانتقال الْمِلْكِ إليه قبل الْعُلُوقِ، وعلى الأبِ قيمة الجاريةِ مع الْمَهْرِ للابن.

= حديث الرجل من الأنصار.

أخرجه ابن أبي عمر العدني في «مسنده» كما في «المطالب العالية» (٢/ ٣٧٥) رقم (٢٥٠٩) من طريق الشعبي عن رجل من الأنصار أنه جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي غصبني مالك قال: أنت ومالك لأبيك.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أظهرها.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) من أ: أحد الشريكين.

وقال أبو حنيفة: لا يجبُ المهرُ، ويدخلُ في الْقِيمَةِ، فنقيس على الْجَارِيَةِ المشتركةِ يَسْتَوْلِدُهَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ؛ يجب عليه نصفُ المهرِ مع نِصْفِ القيمةِ، ولا يدخلُ نِصْفُ المهرِ في نِصْفِ الْقِيمَةِ؛ كذلك ها هنا لا يدخل كُلُّ المهر في كُلِّ القيمة.

ولو اختلفا في قِيمَةِ الجارية، فالقولُ قولُ الأب مع يمينه؛ لأنه غَارِمٌ.

وقيل: فيه قولان؛ كما لو اشترى عَبْدَيْنِ، فهلك أحدُهما، ووجد بالثاني عَيْبًا، وقلنا: يجوز له رَدُّهُ، فإن اختلفا في قِيمَةِ الْهَالِكِ، فالقولُ قولُ مَنْ يكون؟ فيه قَوْلانِ.

وإن قلنا: لا تصير الجارية أُمَّ ولد له - فالولدُ غَيْرُ ثَابِتِ النَّسَبِ، وهل يجب عليه الْوَلاَءُ - فيه وجهان:

الأصح: أن لا وَلاَءَ عليه، ويجب على الأبِ قيمةُ الولد للابن، باعتبار يوم السُّقُوطِ، لأن الرِّقَّ امْتَنَعَ فيه بسببه؛ فكأنه أتلف الرق، ويجب عليه الْمَهْرُ، ولا يَجِبُ عليه قيمةُ الْجَارِيَةِ؛ لأنَ مِلْكَ الابن بَاقٍ عليها، وإن كانت محرمةً عليه، ولا يجب عليه بسببِ التَّحْرِيمِ شَيْء، ولا يجوز للابنِ بَيْعُ تلك الجاريةِ ما لم تَضَعِ الْحَمْلَ، لأن في بطنها وَلَدًا حُرًّا.

وهل يجب على الأبِ قيمةُ الْجَارِيَةِ للحيلولة إلى أن تَضَعَ الحمل، ثم يسترد بعد الْوَضْعِ؟ - فيه وجهان:

الأصح: لا يجب؛ لأن الْجَارِيَةَ في يَدِ الابنِ يستخدمها، وكذلك حُكْمُ الْجَارِيَةِ المغرورِ بِحُرِّيَّتِهَا، والموطوءة بشبهة إذا حَبِلَتْ.

وإذا مَلَكَ الأبُ هذه الجاريةَ بعده، هل تصير أُمَّ ولد له - فيه قولان؛ كَالْمَوْطُوءَةِ بالشُّبهة.

فأما إذا كانت الْجَارِيَةُ قد وَطِئَهَا الابنُ، ثم وَطِئَهَا الأبُ عَالِمًا بِالْحَالِ - فهل عليه الحدُّ - فيه قولان؛ كمن مَلَكَ أخته بِالنَّسَبِ أو بالرَّضاع فَوَطِئَهَا.

أصحهما: لا يجبُ؛ لِشُبْهَةِ المِلك.

والثاني: يجب؛ لأنها محرمةٌ عليه على التَّأْبِيدِ، وكذلك لو اشترى جَارِيَةً وابنتها، فَوَطِىءَ الأمَّ - حُرمت البنت على التأبيد، فلو وَطِىءَ البنتَ بعده عالمًا، هل عليه الحدُّ - فيه قولان:

فإن قلنا: يجب الحد، فإذا اسْتَوْلَدَهَا الأبُ في هذه المواضع - لا تصير الْجَارِيَةُ أمَّ ولد لَهُ.

والولد رقيق للابن غير ثابت النسب، ولا تحرم الجارية على الابن، ويَجِبُ المهرُ على

الأبِ إن كانت الجاريةُ مُكْرَهَةً، وإن طاوعت فلا يجب على الأصح؛ كما لو زَنَا بِجَارِيَةِ أَجْنَبِيٍّ.

وإن قلنا: لا حَدَّ عليه، أو كان جَاهِلاً ـ فعليه المهر، والجارية مُحَرَّمَةٌ عليهما جميعًا على التَّأْبِيدِ، وإذا استولدها الأب هل تصيرُ أُمَّ ولد له ـ نظر؛ إن كان الابن استولدها فلا تَصِيرُ أُمَّ ولد؛ لأن أمَّ الولدِ لا تنتقلُ من مِلْكٍ إلى مِلْكٍ، وإن لم يكن الابنُ قد استولدها، فهل تَصِيرُ أُمَّ ولد للأب فعلى قولين، كما ذكرنا فيما إذا لم يَكُنِ الابنُ قد وَطِئَهَا:

أظهرهما: تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له.

وإن قلنا: تصير أم ولد له ـ فعليه قيمةُ الجارية للابن، ولا يجب قيمة الولد ولا ولاء عليه، وإن قلنا: لا تصير أم ولد له ـ عليه قيمةُ الولد ولا يجب عليه قيمة الجارية، وهل على الولد وَلاَءٌ ـ فيه وجهان.

الأصحُّ: أن لا وَلاَءَ عليه.

ولو كانت جاريةُ الابن في نِكَاحِ الغير، ولم يرتفع النِّكَاحُ، فوطئها الأب وأحبلها ـ صَارَتْ أُمَّ ولدٍ للأب على أظهر القولين؛ كما لو لَم تَكُنْ في نِكَاحِ الغيرِ، ولا يرتفعُ النِّكَاحُ بانتقال الملك إلى الأب؛ كما لو وَطِئَهَا سيدُها وَأَحْبَلَهَا ـ صارت أُمَّ ولد له، ولا ينفسخ النكاح، ولا يجوزُ للزَّوج أن يَقْرَبَهَا، حتى تَضَعَ الحملَ، وتطهر من النُّفَاسِ.

ولو وَطِىءَ الأبُ مكاتبة ابنه، واستولدها ـ هل تصيرُ أُمَّ ولد له ـ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الْمُكَاتَبَةَ لا تقبلُ النَّقْل من مِلْكٍ إلى مِلْكٍ؛ كأم الولد.

والثاني: وهو الأصحُّ؛ أنها كَالْقِنَّةِ؛ لأن الْكِتَابَةَ تقبلُ الفسخ، بخلاف الاستيلاد.

ولو استولد جاريةً مُشْتَرَكَةً بين أبيه وبين أَجْنَبِيٍّ ـ فنصيبُ الابن يصيرُ أمَّ ولدٍ على القول الأظهر، ثم إن كان موسرًا سَرَىٰ إلى نَصِيبِ الشَّرِيكِ، والولد حُرٌّ لا وَلاَءَ عليه، وعليه كَمَالُ المهر، وكمال قِيمَةِ الْجَارِيَةِ للابنِ والأجنبيِّ.

وإن كان معسرًا فَنَصِيبُ الشَّرِيكِ لا يصيرُ أُمَّ ولدٍ له، والولد نِصْفُهُ حُرٌّ ونصفه رَقِيقٌ على أصح القولين، وإن كَانَ الأبُ رقيقًا استولد جاريةَ ابنه ـ لا تصير أُمَّ وَلَدٍ له؛ لأنه لا ملك له ولا تصير جارية ولا حد عليه للشبهة، والولد ثَابِتُ النَّسَبِ، وهل يكون حُرًّا؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: هو رقيقٌ لرقِّ الأبوين.

والثاني: وبه أَفْتَىٰ الشَّيخ القفال؛ أنه حُرٌّ كولد المغرور، وقيمته في ذِمَّتِهِ إلى أن يعتق، والمهر يَتَعَلَّقُ برقبتِه إن كانت مُكْرَهَةً، وكذلك لو أَكْرَهُ العبدُ حُرَّةً فَوَطِئَهَا، وإن كانت طائعةً ـ فقولان؛ كما لو وَطِىءَ العبدُ أجنبيةً بِالشُّبْهَةِ:

أحدهما: يتعلَّق برقبته.

والثاني: بِذِمَّتِهِ، وكذلك مَنْ نصفُه حُرٌّ ونصفه رقيقٌ، إذا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ ابنه - لا تصيرُ أُمَّ ولد له، والولد نصفه حر، وفي النصف الآخر فيه وجهان.

قال الشَّيخ - رحمه الله -: فإن قلنا: كُلُّه حُرٌّ، فعليه كَمَالُ قيمة الولدِ، نصفها في كَسْبِهِ، ونصفها في ذِمَّتِهِ.

وإن قلنا: نصفه حُرٌّ، فعليه قيمةُ نصفه، ويكون في كَسْبِهِ.

ولو استولدَ المكاتبُ جاريةَ ابنه، فهل تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ؟

فيه وجهان، بناء على ما لو استولد جَارِيَةَ نَفْسِهِ، هل تثبتُ أمومةُ الولد؟ - فيه قولان.

ولو تَزَوَّجَ الأبُ جاريةَ الابنِ، فهل يصحُّ أم لا؟ - نظر؛ إن كان الأبُ رقيقًا - يصحُّ؛ لأنه لا يَجِبُ على الابن إِعْفَافُهُ.

وإن كان حرًّا - موسرًا أو معسرًا - بحيث يجوزُ له نِكَاحُ الأمةِ.

فإن قلنا: يَجِبُ على الابنِ إعفافُه - لا يجوز.

وإن قلنا: لا يجبُ إعفافُه، أو كان الابنُ معسرًا - لا يجبُ عليه الإعفافُ لِلأَبِ، فيبنى على أن استيلاد الأب هل يَنْفُذُ أم لا؟

إن قلنا بِظَاهِرِ المذهبِ: إنه ينفذُ - لا يجوز؛ لأن كُلَّ جاريةٍ ينفذ استيلادها - لا يجوزُ له أن يَتَزَوَّجَهَا كجاريةِ نَفْسِهِ.

وإن قلنا: لا ينفذ فيجوز.

ولو تزوج رَجُلٌ جاريةً، ثم مَلَكَهَا ابنُه - نظر؛ إن كان الأبُ رقيقًا لا ينفسخُ النِّكَاحُ، وإن كان حرًّا، وقلنا بِظَاهِرِ الْمَذْهَبِ: إنه لا يجوزُ أن يَنْكِحَ جَارِيَةَ الابن - فهل ينفسخُ النِّكَاحُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينفسخُ؛ كما لو تَزَوَّجَ جَارِيَةً، ثم اشْتَرَاهَا - [ينفسخُ النِّكَاحُ][1].

والثاني: وهو الأصح: لا ينفسخُ النِّكَاحُ؛ لأن حكم الدَّوَامِ أقوى من حُكْمِ الابتداءِ؛ كما أن العِدَّةَ عن الغيرِ تَمْنَعُ ابتداءَ النِّكَاحِ، ولا ترفعُ دَوَامَهُ.

وإن قلنا: لا ينفسخُ النِّكَاحُ، أو جَوَّزْنَا له أن يَتَزَوَّجَهَا ابتداءً، فَاسْتَوْلَدَهَا - لا تصير أُمَّ ولدٍ له؛ لأنها علقت برقيقٍ، بخلاف ما لو أَحْبَلَهَا بِغَيْرِ النِّكَاحِ.

وعند أبي حنيفة: يجوزُ للأبِ أن يَتَزَوَّجَ جَارِيَةَ الابن.

---

(١) سقط في أ.

فَصْلٌ فِي تَسَرِّي المَمْلُوكِ

قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [الحج: ٥، ٦].

والمراد من الآية: الأحرارُ.

قال ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: «لاَ يَطَأُ الرَّجُلُ إِلاَّ وَلِيدَةً، إِنْ شَاءَ بَاعَهَا، وَإِنْ شَاءَ وَهَبَهَا، وَإِنْ شَاءَ صَنَعَ بِهَا مَا شَاءَ»(١).

ولا يجوزُ للعبد أن يَتَسَرَّىٰ؛ لأنه لا مِلْكَ له، فلو مَلَّكَهُ السيدُ مالاً، وقبل، ففيه قولان:

في الجديد: لا يملك.

وفي القديم: يَمْلِكُ.

فعلى هذا لا يملك التَّصرف فيه إلاَّ بإذْنِ السَّيدِ، وإن كانت جَارِيَةً ليس له أن يَطَأَهَا، فإن أذن له السيد في وَطْئِهَا ـ جاز له أن يَطَأَهَا على قَوْلِهِ القديمِ.

ولو وطأها على هذا القول دون إذنه لاَ حَدَّ عليه لشبهة الْمِلْكِ، ولو استولدها فالولدُ مملوكٌ للعبد، غير أنه لا يعتقُ عليه لنقصان مِلْكِهِ، فإن أعتق عتق الولدُ، والمذهب الأول أنه لا يَمْلِكُ، ولا يحلُّ الوطءُ، وإن أذن السيدُ، بخلاف سَائِرِ الأملاكِ من: اللُّبْسِ، والأكلِ، والطِّيبِ؛ يحلُّ للعبدِ بإذن السيد، لأن الإِبَاحَةَ تَجْرَي فيها، ولا تجري في البضعِ.

ولو وَطِئَهَا، واستولدها ـ يكون الولدُ رقيقًا للمولى، وكذلك حكم الْمُدَبَرِ، والمعلَّق عتقه بالصفة.

أما مَنْ نصفُه حُرٌّ، ونصفُه رقيقٌ إذا حَصَلَ له مالٌ بنصفه الحر، فَاشْتَرَىٰ به جَارِيَةً ـ يملكها، ولكن لا يجوزُ له وَطْؤُهَا دون إذن السيدِ، فإن أذن له السيدُ يجوزُ له وَطْؤُهَا على القول القديم، ولا يجوز على قوله الجديد؛ لأن بَعْضَهُ مملوكٌ، وما فيه من الملكِ يمنعُ التَّسَرِّي.

وأما المكاتبُ: فلا يجوزُ له التَّسَرِّي بغيرِ إذنِ المَوْلَىٰ، وهل يجوزُ بإذنه؟ فِيهِ قولان؛ بناء على تبرُّعَاتِهِ، هل تنفذ بإذنه؟

فعلى قولين.

---

(١) أخرجه البيهقي [٧/ ١٥٢] كتاب النكاح: باب ما جاء من تسري العبد.

وقيل: يبنى[١] المكاتب على العَبْدِ إن قلنا: الْعَبْدُ لا يَتَسَرَّىٰ؛ فالمكاتب أولى.

وإن قلنا يتسرى ففي المكاتب قولان، بناءً على تَبَرُّعَاتِه.

فَصْلٌ في نكاح الزانية

رُوِيَ أن رَجُلاً قَالَ لِلنَّبِيِّ ـ ﷺ ـ: «إِنَّ امْرَأَتِي لاَ تَرُدُّ يَدَ لاَمِسٍ»[٢]. فَقَالَ: «طَلِّقْهَا». قَالَ: إِنِّي أُحِبُّهَا. قَالَ: «أَمْسِكْهَا»[٣].

إذا زنت امرأةٌ تحت زوج ـ لا ينفسخ النِّكاح، ولو نَكَحَ عفيفٌ زانيةً ـ يصح، ويُكْرَهُ. وقوله تعالى: ﴿والزَّانِيَةُ لاَ يَنْكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ [النور: ٣] نزلت في بَغِيٍّ كافرة يقال لها؛ عناق.

وقال سعيدُ بن المسيب: الآية منسوخة بقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ﴾ [النور: ٣٢]، فلو نكح رجل حاملاً من الزنا يجوزُ؛ لأنه لا عدةَ عليها، ولكن لا يَطَؤُهَا ما لم تَضَعِ الحملَ.

وقيل: يجوزُ أن يَطَأَهَا؛ لأنه لا حُرْمَةَ لماء الزِّنَا.

وقال أبو يوسف: لا يجوزُ نكاحُ الحامل من الزِّنَا.

وقال مالك: لا يجوزُ نكاحُ الزَّانِيَةِ ما لم تَنْقَضِ عِدَّتُهَا.

---

(١) في أ: يرتب.

(٢) وقيل: مَعْنى «لا تَرُدُّ يَدَ لاَمس»: أنها تُعْطى من مَاله مَن يَطْلُب منها، وهذا أشْبَه. قال أحمد: لم يكن لِيأمُرَه بإمْساكِها وهي تَفْجُر.

قال علي وابن مَسْعود: إذَا جاءكم الحديث عن رسول الله ﷺ فَظُنُّوا به الذي هو أهْدَى وأتْقَى ينظر النهاية ٤/ ٢٧٠.

(٣) أخرجه النسائي (٦/ ١٧٠) كتاب الطلاق: باب ما جاء في الخلع من طريق حماد بن سلمة قال: أنبأنا هارون بن رئاب عن عبد الله بن عبيد بن عمير عن ابن عباس أن رجلاً قال: يا رسول الله إن تحتي امرأة لا ترد يد لامس قال طلقها قال: إني لا أصبر عنها قال فأمسكها.

قال النسائي: هذا خطأ والصواب مرسل.

وقد أخرجه (٦/ ٦٧ ـ ٦٨) من طريق حماد بن سلمة وغيره عن هارون بن رئاب عن عبد الله بن عبيد بن عمير.

وعبد الكريم عن عبد الله بن عبيد عن ابن عباس مرفوعًا.

قال النسائي: هارون لم يرفعه.

وقال عقب حديث عبد الكريم: هذا الحديث ليس بثابت وعبد الكريم ليس بالقوي وهارون بن رئاب أثبت منه وقد أرسل الحديث وهارون ثقة وحديثه أولى بالصواب من حديث عبد الكريم. ومنه تعلم =

. . . .

= الاختلاف في سند هذا الحديث وإرساله وقد رجح النسائي المرسل كما سبق وقال عن الموصول إنه ليس بثابت بدعوى أن هارون أرسله وعبد الكريم بن أبي المخارق ضعيف وقد وصله بذكر ابن عباس.

لكن قد رواه هارون أيضًا موصولاً وتابعه حبيب بن الشهيد.

أخرجه الخرائطي في «اعتلال القلوب» كما في «اللآلىء المصنوعة» (٢/ ١٧٣) من طريق حماد بن سلمة عن هارون بن رئاب وحسين بن الشهيد عن عبد الله بن عبيد بن عمير عن ابن عباس فذكره. ا. هـ.

ومع التسليم بقول النسائي في ترجيح المرسل عن الموصول فإن للحديث طريق آخر عن ابن عباس.

أخرجه أبو داود (٢/ ٥٤١ ـ ٥٤٢) كتاب النكاح: باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء حديث (٢٠٤٩) والنسائي (٦/ ١٦٩ ـ ١٧٠) كتاب الطلاق: باب ما جاء في الخلع والبيهقي (٧/ ١٥٤ ـ ١٥٥) كتاب النكاح: باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها من طريق الفضل بن موسى عن الحسين بن واقد عن عمارة بن أبي حفصة عن عكرمة عن ابن عباس قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن امرأتي لا تدفع يد لامس قال: غربها إن شئت قال: إني أخاف أن تتبعها نفسي قال: فاستمتع بها وأخرجه أيضًا البزار والدارقطني من الأفراد والضياء المقدسي في المختارة كما في «اللآلىء المصنوعة» (٢/ ١٧٢) وقال البزار: لا نعلمه يروى عن رسول الله ﷺ إلاّ بهذا الإسناد.

قلت: وفيه نظر فقد أخرجه النسائي من طريق آخر كما تقدم.

وقال الدارقطني في الأفراد: تفرد به الحسين بن واقد عن عمارة بن أبي حفصة وتفرد به الفضل بن موسى عن الحسين بن واقد.

قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٢٢٥): وإسناده أصح وأطلق عليه النووي الصحة. ا.هـ.

وصححه الضياء المقدسي في المختارة فقد أخرجه من هذا الطريق كما تقدم.

وللحديث شاهد من حديث جابر.

أخرجه الخلال كما في «اللآلىء» (٢/ ١٧١) ومن طريقه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ٢٧٢) من طريق عبد الكريم بن مالك الجزري عن أبي الزبير عن جابر قال: أتى رجل النبي ﷺ فقال إن امرأتي لا تدفع يد لامس قال: طلقها قال: إني أحبها قال: استمتع بها.

قال ابن الجوزي: لا أصل له.

وقد صحح هذا السند ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٢٢٥): فقال: لكن نقل ابن الجوزي عن أحمد بن حنبل أنه قال: لا يثبت عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء وليس له أصل وتمسك بهذا ابن الجوزي فأورده الحديث في الموضوعات مع أنه أورده بإسناد صحيح ا.هـ.

وأخرجه البيهقي (٧/ ١٥٥) من طريق معقل بن عبيد الله الجزري عن أبي الزبير عن جابر به.

وقد اختلف على أبي الزبير في هذا الحديث.

فقيل عن أبي الزبير عن جابر.

وقيل عن أبي الزبير عن مولى لبني هاشم. أخرجه البيهقي (٧/ ١٥٥) من طريق سفيان الثوري عن عبد الكريم عن أبي الزبير به.

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٣٣) رقم (١٣٠٤): سألت أبي عن حديث رواه معقل بن =

= عبيد الله عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال: إن امرأتي لا تدفع يد لامس قال: طلقها قال: إنها تعجبني قال: تمتع بها.

قال أبي: حدثنا محمد بن كثير عن سفيان عن عبد الكريم قال: حدثني أبو الزبير عن مولى لبني هاشم قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ ورواه غيره عن الثوري هكذا يسمى هذا الرجل هشام مولى بني هاشم قال: قيل لأبي أيهما أشبه قال الثوري أحفظ ا.هـ .

وللحافظ ابن حجر كلام متين في تصحيح هذا الحديث رأيت أن أنقله تتميماً للفائدة.

قال الحافظ السيوطي في «اللآلىء المصنوعة» (٢/ ١٧١ ـ ١٧٣): وسئل الحافظ ابن حجر عن هذا الحديث، فأجاب بأنه حسن صحيح، قال: ولم يصب من قال إنه موضوع، وقد أخرجه أبو داود في سننه قال: كتب إلى حسين بن حريث المروزي، حدثنا الفضل بن موسى، عن الحسين بن واقد عن عمارة بن أبي حفصة، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: إن امرأتي، فذكره، وأخرجه النسائي في سننه، قال: أنبأنا الحسين بن حريث... فذكره، أما الحسين بن حريث فاتفق مع البخاري ومسلم، على تخريج حديثه في صحيحيهما، ووثقه النسائي، وابن حبان، وأما شيخه الفضل موسى فمتفق عليه أيضًا، ووثقه يحيى بن معين، والبخاري، وابن سعد، وقال وكيع: ثقه صاحب سنة، وقال أبو حاتم: صدوق صالح، وأثنى عليه ابن المبارك، وأما شيخه الحسين بن واقد فأخرج له مسلم محتجًا به، والبخاري أثبتها استشهادًا، ووثقه ابن معين، وقال أبو زرعة، والنسائي لا بأس به، وأثنى عليه أحمد، وقال ابن سعد: كان لحسن الحديث...، وأما عكرمة فاحتج به البخاري، قال الحافظ زكي الدين المنذري في مختصر السنن: رجال إسناده محتج بهم في الصحيحين على الاتفاق، والانفراد، يريد بالنسبة إلى مجموع الصحيحين لا إلى كل فرد منها، فإن البخاري ما احتج بالحسين بن واقد، وكذلك لم يحتج مسلم بعمارة ولا بعكرمة، فلو سلم أن الحديث على شرط الصحيح لم يسلم أن الحديث على شرط البخاري ولا على شرط مسلم، وإنما لم أجر على إطلاق القول بتصحيحه، لأن الحسين بن واقد قد تقدم أنه ربما أخطأ، والفضل بن موسى، قال أحمد: أن في روايته مناكير، وكذلك نقل عن علي بن المديني، وإذا قيل مثل هذا في الراوي توقف الناقد في تصحيح حديثه الذي ينفرد، وقد قال البزار بعد تخريجه: لا نعلمه يروي عن رسول الله ﷺ إلاَّ بهذا الإسناد، وقال الدارقطني في الأفراد: تفرد به الحسين بن واقد عن عمارة بن أبي حفصة، وتفرد به الفضل بن موسى، عن الحسين بن واقد، وأخرجه الحافظ ضياء الدين المقدسي في الأحاديث المختارة من طريق النسائي عن الحسين بن حريث بسنده، ودعوى البزار فيها نظر؛ لأن النسائي أخرجه من وجه آخر، عن ابن عباس، فأخرجه إسحاق بن راهويه، عن النضر بن شميل، عن حماد بن سلمة، عن هارون بن رئاب، عن عبد الله بن عبيد بن عمير، عن ابن عباس، وإسحاق والنضر متفق على الاحتجاج بهما، وحماد بن سلمة احتج به مسلم، واستشهد به البخاري، وهارون بن رئاب احتج به مسلم، وعبد الله بن عبيد بن عمير كذلك، فهذا الإسناد قوي لهؤلاء الرجال، لكن أخرجه النسائي يعده من رواية يزيد بن هارون، عن حماد بن سلمة، عن هارون بن رئاب، عن عبد الله بن عبيد، وعبد الكريم، فقال عن عبد الله بن عبيد، عن ابن عباس موصولاً، قال النسائي: فرواية يزيد بن هارون أولى بالصواب، لكن إذا انضمت هذه الطرق إلى الطريق الأخرى المباينة لها في أعيان رجالها إلى ابن عباس علم أن للحديث أصلاً، وذاك ما كان يخشى من تفرد الفضل بن موسى وشيخه، وللحديث مع ذلك شاهد عن جابر بن عبد الله، أخرجه الخلال، والطبراني من طريق عبد الكريم بن مالك الجزري، وأخرجه البيهقي من طريق معقل بن عبد الله =

بَابُ نِكَاحِ العَبْدِ وَطَلَاقِهِ

قال ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: «إِذَا طَلَّقَ العَبْدُ امْرَأَتَهُ اثْنَتَيْنِ ـ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوجًا غَيْرَهُ»[1]، ولا يجوز للعبد أن يَنْكِحَ أكثرَ من امْرَأَتَيْنِ، يستوي فيه الْقِنُّ، وَالْمُدَبَّرُ، وَالْمُكَاتبُ، وَمَنْ بعضُه رقيقٌ، لا يملك على زَوْجَتِهِ أكثرَ من طَلْقَتَيْنِ، سواء كانت زوجتُه حُرَّةً، أو أَمَةً، ويملك الحرُّ على زَوْجَتِهِ الأمةِ ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ اعتبارًا بالزوج؛ لأنه المالكَ لِلطَّلاقِ.

وعند أبي حنيفة: الاعتبارُ في الطَّلاقِ بِالمرأة، والعبدُ يملك عَلَىٰ زَوْجَتِهِ الحرةِ ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ، والحرُّ لا يملكُ على زوجته الأَمَةِ إلا طَلْقَتَيْنِ.

= الجزري، كلاهما عن أبي الزبير، عن جابر، ورجال الطريقين موثقون إلاَّ أن أبا الزبير وصف بالتدليس، ولم أره من حديثه إلاَّ بالعنعنة، وقال الحافظ شمس الدين الذهبي في مختصر السنن: إسناده صالح، وسئل عنه أحمد فيما حكاه الخلال فقال ليس له أصل، ولا يثبت عن النبي ﷺ، قال: حافظ ابن حجر: فلو انضمت هذه الطريق إلى ما تقدم من طريق حديث ابن عباس لم يتوقف المحدث عن الحكم بصحة الحديث، ولا يلتفت إلى ما وقع من أبي الفرج بن الجوزي حيث ذكر هذا الحديث في الموضوعات، ولم يذكر من طرقه إلاَّ الطريق التي أخرجها الخلال من طريق أبي الزبير عن جابر، واعتمد في بطلانه على ما نقله الخلال عن أحمد، فأبان ذلك عن قلة إطلاع ابن الجوزي، وعلبة التقليد عليه حتى حكم بوضع الحديث بمجرد ما جاء عن إمامة، ولو عرضت هذه الطرق على إمامه لاعترف على أن للحديث أصلاً، ولكنه لم تقع له، فلذلك لم أر له في مسنده ولا فيما يروى عنه ذكراً أصلاً، لا من طريق ابن عباس، ولا من طريق جابرٍ؛ سوى ما سأله عنه الخلال، وهو معذور في جوابه بالنسبة لتلك الطريقة بخصوصها، انتهى كلام الحافظ ابن حجر.

وقال السيوطي: وقد أخرج هذا الحديث الخرائطي في اعتلال القلوب، حدثنا العباس بن عبد الله الترقعي، حدثنا محمد بن كثير المصيصي، حدثنا حماد بن سلمة، عن هارون بن رئاب، وحسين بن الشهيد، عن عبد الله بن عبيد بن عمير، عن ابن عباس فذكره، وأخرجه البيهقي في سننه من طريق أبي داود، ومن طريق أبي عمرو الضرير، عن حماد بن سلمة، عن عبد الكريم بن أبي المخارق، وهارون بن رئاب به، ومن طريق عبد الكريم بن مالك عن أبي الزبير، ومن طريق عبد الله عن أبي الزبير، وأخرجه الشافعي في الأم، وأخرج ابن سعد، وابن منده في «المعرفة» من طريق سليمان بن عبيد الله الرقي، عن محمد بن أيوب الرقي، عن سفيان الثوري، عن عبد الكريم، عن أبي الزبير، عن هشام مولى رسول الله ﷺ، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن لي امرأة لا تدفع يد لامس، قال: طلقها، قال: إنها تعجبني، قال: فتمتع بها، قال ابن منده: رواه جماعة عن الثوري، عن عبد الكريم، قال أخبرني أبو الزبير، عن مولى بني هاشم، عن النبي ﷺ، ولم يمسه، وهذا أخرجه البيهقي في سننه، قال ابن منده: ورواه عبيد الله بن عمرو عن عبد الكريم بن أبي الزبير، عن جابر، والله أعلم.

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٧٤) كتاب الطلاق باب ما جاء في الطلاق العبد حديث (٥٠) عن نافع عن ابن عمريه.

ودليلنا: ما رُوِيَ أَنَّ نُفَيْعًا سَأَلَ عُثْمَانَ وَزَيْدًا، فَقَالَ: طَلَّقْتُ امْرَأَةً لِي حُرَّةً طَلْقَتَيْنِ، فَقَالَ: حُرِّمَتْ عَلَيْكَ، وكان نُفَيْعٌ عَبْدًا[١].

وكذلك مَنْ بعضُه رقيق. والله أعلم بالصواب.

بَابُ مَا يَحْرُمُ وَيَحِلُّ مِنْ نِكَاحِ الحَرَائِرِ وَالإِمَاءِ[٢]

قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية.

أسباب الوصلة المحرمة للنكاح ثَلَاثَةٌ: نَسَبٌ، وَرَضَاعٌ، وَمُصَاهَرَةٌ، والمحرماتُ بهذه

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٧٤) كتاب الطلاق: باب ما جاء في طلاق العبد حديث (٤٨).

(٢) إن قوة النسل تكون على قدر واعية التناسل من الزوجين وهي الشهوة وقالوا إنها ضعيفة بين الأقارب وسبب هذا أن الشهوة شعور في النفس يزاحمه شعور عواطف القرابة المضاد له فإما أن يضعفه أو يزيله. وقد قال «الغزالي» في «الإحياء» إن من الخصال التي يطلب مراعاتها في المرأة ألاَّ تكون من القرابة القريبة.

قال فإن الولد يخلق ضاويًا أو نحيفًا.

وقد روى إبراهيم الحربي في «غريب الحديث» أن عمر قال: الأل السّائب اغتزبوا ولا نضووا أي تتزوجوا الغرائب لئلا يجيء أولادكم نحافًا صفاقًا وعلله الغزالي بأن الشهوة إنما تنبعث بقوة الإحساس بالنظر واللمس وإنما يقوي الإحساس بالأمر القريب الجديد دون المعهود الذي دام النظر إليه. فظهر من هذا أن تزوج الأقارب بعضهم لبعض يكون سببًا لضعف النسل فإذا استمر ربما انقطع. وفي العادة أن الزوجين يكون بينهما المغاضبة والخشونة التي يتسبب عنها الضغائن المفضية إلى قطع الرحم. وقد أمرنا بصلة الرحم سيما الأم التي يجب أن تخص بمزيد الإكبار وغاية الاحترام. وانظر إلى ما أمر الله بمصاحبة الوالدين بالأمر بالمعروف وخفض الجناح لهما ولو كانا كافرين حتى إنه نهى عن التأفيف لهما. فلو جاز النكاح والمرأة تحت إمرة الزوج وطاعته وخدمته مستحقة عليها لأدى ذلك إلى التنافي بين الاحترام من جهة وخضوعها له، وأيضًا من حكمة تحريم الشارع علينا التزوج بالأقارب التي سنذكرها قريبًا. إن الإنسان جزء أمه وبنته جزء منه وقبيح بالمرء أن يستمتع بجزئه أو يستمتع به جزؤه. فهذا في الحقيقة استمتاع الإنسان بنفسه فيا لها من شناعة والأخوات وبناتهن وبنات الإخوة أجزأ أبويه فهن مشتركات معه في الجزئية وكذلك العمات والخالات بالنسبة لأجداده وجداته وعاطفة القرابة يجب صيانتها من كل ما يصدعها ويوهنها وهي لا تتفق مع رابطة الزوجية لما بينها من التدافع.

لذلك شاءت هداية الله تعالى ورحمته أن يحال بين الإنسان والتزوج بطائفة من النساء كما في التزوج بإحداهن من المفاسد الكثيرة التي تربو على مصالح الزواج فتضمحل في جانبها وتكون في حكم العدم. ومن تلك المفاسد الجنابة على عاطفة القرابة والإنسان في أشد الحاجة إليها لصيانة مجتمعة وسلامته من ذلك نرى أن التحديد الآتي دعت إليه الضرورة محافظة على مصالح الخلق في كل زمان ومكان، وإن تحديدًا وضعه الشارع العليم بأحوال خلقه الحكيم في صنعه لهو منطبق على الحكمة وفيه الخير لنا.

ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

الأشياء أربع عشرة: سَبْعٌ بِالنَّسَبِ، واثنتانِ بِالرَّضَاعِ، وأربعٌ بِالْمُصَاهَرَةِ، وَوَاحِدَةٌ بِسَبَبِ الْجَمْعِ.

أما بالنسب[١]: فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...﴾ إلى قوله: ﴿وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾.

فكلُّ امرأةٍ وَلَدَتْكَ، أو وَلَدَتْ من وَلَدِكَ من الذُّكور وَالإِنَاثِ ـ وإن علا فهي من الأمهاتِ[٢]، وكل امرأةٍ وَلَدْتَهَا، أو وَلَدَتَ من وَلَدِهَا من الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ ـ وإن سفل. فهي

---

(١) المحرمات بالنسب سبع فرق. الأمهات. البنات. الإخوات. العمات. الخالات. بنات الأخ. بنات الأخت.

وهذا بناء على أن لفظ الأمهات يشمل الجدات ولفظ البنات يشمل بنات البنات وبنات الأبناء وإلاّ فتسع كما سيجيء بعد وقد ذكرن في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ وَبَنَاتُ الأخ وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾.

وسواء أوقعنا التحريم على ذواتهن أم قدرناه مضمرًا وهو الاستمتاع أو النكاح فإن الحرمة ثابتة بصريح الآية والمناسب في هذا المقام تقدير المضمر (وهو التزوج) لأن التحريم لا يقع على الذوات وإنما يقع على الفعل والمناسب هنا التزوج.

(٢) اتفقت كلمة المسلمين قاطبة على أنه لا يجوز للإنسان أن يتزوج أمه وهذا المنع لم يكن خاصًا بشريعة محمد ﷺ بل ذلك ثابت من زمن آدم إلى يومنا هذا حتى إنه لم ينقل حل نكاحهن في أي دين من الأديان.

وأما نكاح الأخوات فنقل أنه كان مباحًا في زمن آدم لضرورة التناسل وبقاء النوع ثم لما كثر النسل وانتفت الضرورة صار حرامًا. ثم إن الأم في اللغة. الأصل قال الله تعالى: ﴿وَعِنْدَهُ أُمّ الْكِتَابِ﴾ فكل امرأة رجع نسبك إليها بالولادة من جهة أبيك أو أمك بدرجة أو بدرجات سواء رجعت إليها بذكور أم بإناث فهي أمك.

وقد استدل المسلمون على أن ذلك حرام بالنقل والفعل. أما النقل فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾.

وقال بعضهم إن هذه الآية لا تدل على تحريم نكاح الأمهات وذلك لأن التحريم في الآية أضيف إلى الأمهات والتحريم لا يمكن إضافة إلى الأعيان وإنما يمكن إضافته إلى الأفعال وذلك العقل غير مذكور في الآية فكما يحتمل أن يكون المراد منه النكاح يحتمل أن يراد منه الأكل أو الجلوس. فإذا تعين أن يكون المراد منه النكاح دون غيره. بلا مرجح كان تحكمًا وترجيحًا بلا مرجح فيجاب عنه أولاً. بأن هناك مرجحًا. إذا تقدم قبل هذا قوله عز وجل ﴿وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ الآية.

فهذه قرينة دالة على أن المراد النكاح. وثانيًا أن هذا معلوم من الدين بالضرورة فلا وجه للتنصيص عليه لأن الأصل في ذلك أن الحرمة أو الإباحة إذا أضيفتا إلى الأعيان فالمراد الفعل المطلوب منهما في العرف. وقد ورد على هذه الآية أيضًا أنها ليست نصًا في تحريم الأمهات على سبيل التأبيد فإن القدر المذكور في الآية يمكن تقسيمه إلى المؤبد والمؤقت كأن الله تعالى يقول تارة حرمت عليكم أمهاتكم إلى الوقت الفلاني فقط وتارة أخرى يقول حرمت عليكم أمهاتكم مؤبدًا. وإذا كان القدر المذكور صالحًا لأن يجعل موردًا للتقسيم لم تكن الآية نصًا في التأبيد فيجاب عنه أولاً بأن التحريم الذي ورد في الآية ورد =

من البناتِ[١]. وكلُّ امرأة وَلَدَهَا أحدُ أَبَوَيْكَ فهي أختُك[٢]. وكل امرأةٍ وَلَدَهَا مَنْ وَلَدَ

= مطلقًا فينصرف إلى الفرد الكامل منه وهو التأبيد حتى يرد دليل على التأقيت ولا دليل. ثانيًا أن من يلاحظ الدليل العقلي الذي سيأتي قريبًا وأن ذلك المنع لعله: وأنها لا تزال مستمرة إلى الأبد فهم التأبيد.

وأما العقل فلأن ذلك يفضي إلى قطع الرحم وقطع الرحم حرام وذلك لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما وهذه تفضي إلى قطع الرحم. وأما الجدات سواء أكن من قبل الأم أم الأب وسواء كانوا أقارب أم أباعد فإن الأئمة اتفقوا على تحريم نكاحهن. وذلك إما بالنص لأن اللغة تقول (أُمُّ كُلِّ شَيْءٍ أَصْلُهُ) فأم القرى مكة. لأنها توسطت الأرض فيما زعموا أو لأنها قبلة الناس يأمونها أو لأنها أعظم القرى شأنًا. وأم الكتاب أصله أو اللوح المحفوظ انتهى قاموس.

ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «الخَمْرُ أُمُّ الخَبَائِثِ». أي أصلها فالأم على هذا من قبيل التواطىء.

ويصح أن يكون تحريم الجدات بدلالة النص، لأن الله تعالى حرم العمات والخالات وهن أولاد الجدات فكانت الجدات أقرب إلينا منهن فكان تحريمهن تحريمًا للجدات من باب أول كتحريم التأفيف نصًا يكون تحريمًا للضرب والشتم دلالة.

ينظر نص كلام شيخنا محمد النشدي في المحرمات من النساء.

(١) وهن من ولدن من الرجل مباشرة أو ولدن لأولاده أو أولاد أولاده فكل هؤلاء يشملن كلمة البنات في قوله تعالى ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ ولم يخالف أحد من المسلمين في تحريم نكاح البنت نسبًا واستنزوا في ذلك بالنقل والعقل. أما النقل فقوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾. وما قبل في الآية سابقًا يقال هنا والجواب الجواب.

وأما العقل فلأنه لو جاز النكاح لترتب على ذلك قطع الرحم لكن الثاني حرام فالمقدر مثله فثبت نقيضه وهو عدم الجواز. أما بيان الثاني فذلك لا يختلف فيه مسلم. وأما بيان الملازمة فلأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما وذلك يفضي إلى قطع الرحم فكأن النكاح سببًا لقطع الرحم ومفضيًا إليه.

وسواء كانت البنت من النكاح أم من السفاح لإطلاق النص وقد ذكر الفقهاء خلافًا في بنت الزنا هل تحل للرجل الزاني أي لأبيها على الحقيقة.

قال الشافعي إنها تحل. وقال غيره إنها لا تحل. وقال بعضهم والظاهر التحريم وإن كانت لا ترثه لأن الإرث حق تابع لثبوت النسب وهو لا يكون إلاَّ بالفراش أو الاستلحاق ولا وجود لواحد منهما واستدل الشافعي رحمه الله على عدم التحريم. بأن نسبها لم يثبت منه فلا تكون مضافة إليه شرعًا فلا تدخل تحت نص الإرث والنفقة في قوله تعالى. ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾.

وفي قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ كذا ههنا فالشافعية جعلوا النص خاصًا بالبنت من النكاح. ويرد عليه بأن بنت الإنسان اسم لإنثى مخلوقة من مائه حقيقة والكلام فيه فكانت بنته حقيقة إلاَّ أنه لا يجوز الإضافة إليه شرعًا لما فيه من إشاعة الفاحشة، وهذا لا ينفي النسبة الحقيقية لأن الحقائق لا مرد لها وهكذا تقول في الإرث والنفقة إن النسبة الحقيقية ثابتة إلاَّ أن الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعًا لجريان الإرث والنفقة لمعنى ويؤيد ذلك إجماع المسلمين على أن ولد الزنا يلحق أمه ويرثها للعلم بأنها أمه ولم ينقل عن أحد من الصحابة أنه أباح التزوج ببنت الزنا من أبيها وقد شنع «ابن القيم» على من جوز نكاح البنت من الزنا مع كونها بعضه مع تحريم المرضعة من لبن امرأته لكون اللبن ثابت =

آبائك، أو أَحَدٌ من أَجْدَادِكَ ـ وإن علا ـ فهي من الْعَمَّاتِ، وكلُّ امرأةٍ وَلَدَهَا مَنْ وَلَد أمّك، أو واحدة من جَدَّاتِكَ، فهي من الْخَالاَتِ، وكل امرأة وَلَدَهَا أَخُوكَ، أو أحدٌ من أولاد أَخِيكَ ـ وإن سفل فهي من بَنَاتِ الأخ، سواء كان الأخُ [لأب وأم][1]، أو لأبٍ أو لأمٍّ، وكلُّ امرأةٍ وَلَدَتْهَا أختُك، أو وَاحِدٌ من أَوْلاَدِ إِخْوَتِكَ ـ وإن سفل، فهي من بَنَاتِ الأختِ، من أيِّ جهة كانت.

وجملة ما قاله أبو إسحاق الإسفراييني: يُحرم على الرَّجُلِ أصوله، وفصوله، وفصول أول أصوله، وأول فصل من كُلِّ أصل بعده.

= بوطئه فقد صار فيه جزء منه. فعجبًا كيف انتهض هذا الجزء اليسير سببًا للتحريم ثم يباح له وطء ابنته من الزنى وهي جزؤه وسلالة فلا بد من اعتبار الحقيقة ههنا. وأما بنات البنات أبنائه فيحرمن أيضًا بالاتفاق إما بدلالة النص لأنهن أقرب من بنات الأخ وبنات الأخت ومن الأخوات أيضًا لأن الأخوات أولاد أبيه وهن أولاد أولاد أولاده. وإما بموضوع اللفظ وحقيقته لأن المراد بالبنت كل أنثى ولدتها أو ولدت من ولدتها ذكرًا كان أم أنثى بواسطة أم بغيرها ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

(٢) ﴿وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ وَبَنعاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾ لا فرق في ذلك بين أن يكون الأخوات متفرقات أم لا قيل في المبسوط.

والأخوات أصناف ثلاثة. لِأَب وأم. أو لأب فقط. أو لأم فقط. وهن محرمات بالنص.

فالأختية عبارة عن المجاورة في الرحم أو في الصلب فكأن الاسم حقيقة يتناول الفرق الثلاث وبناتهن وبنات الإخوة المتفرقين والعمات والخالات المتفرقات لأن الجهة التي وضع الاسم باعتبارها عامة.

ويدخل في العمات والخالات بنات الأجداد وإن علون لأنهن أخوات أباء أعليين وبنات الجدات وإن علون لأنهن أخوات أمهات عاليات. ويدخل في بنات الأخ وبنات الأخت بناتهن وإن سفلن.

قال بعضهم. إن حرمة الجدات وبنات البنات ونحوهن ممن ذكرن فيما قبل ثبتت بالنص لانطلاق الاسم عليهن فإن جدة الإنسان تسمى أمًا له. وبنت بنته تسمى بنتًا له فكانت حرمتهن ثابتة بالنص لكن هذا لا يصح إلاَّ على رأي من يقول يجوز أن يراد الحقيقة والمجاز من لفظ واحد إذا لم يكن بين حكمهما منافاة لأن إطلاق اسم الأم على الجدة وإطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز. ألا ترى أن من نفى اسم الأم والبنت عنهما كان صادقًا في النفي وهذا من العلاقات التي يفرق فيها بين الحقيقة والمجاز وقد ظهر أمر هذه التفرقة في الشرع أيضًا حتى إن من قال لرجل لست أنت بابن فلان لجدة لا يصير قاذفًا له حتى لا يؤخذ بالحد.

وأما العقل. فلأن ذلك يفضي إلى قطع الرحم وقطع الرحم حرام قد اتضح مما تقدم أن المحرمات بالنسبة سبعة. أو بعبارة أخرى أربعة وهي.

الأصول. والفروع. والحواس القريبة وإن سفلوا والحواس البعيدة بدرجة واحدة ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

(١) في أ: لأبوين.

أما الْمُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعِ[1]: قال الله تَعَالَىٰ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].

---

(١) المحرمات بالرضاع مذكورات في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ فقد سمى الله تعالى المرضع أمًا وابنتها أختًا تنبيهًا على أن من جهة الرضاع كجهة النسب فيحرم بها ما يحرم به وقد بين النبي ﷺ ذلك لما أُريد على تزوج ابنة عمه حمزة. فقال إنها لا تحل لي لأنها ابنة أخي من الرضاعة ويحرم بالرضاعة ما يحرم من النسب وعن عائشة رضي الله عنها أنه قال: «إِنَّ الرَّضَاعَةَ تحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلَادَةُ» وعنها أيضًا أنه قال: «إِئْذَني لأَفْلَحْ أَخُ أَبِي الْقعيسِ فَإِنَّهُ عَمُّكِ» وكانت قد منعته من الدخول عليها بعد آية الحجاب. وأبو القعيس (وائل بن أفلح) كانت امرأته قد أرضعت عائشة. وإذا كان أفلح عماً لها فيكون أبو القعيس أبًا رضاعيًا.

والحرمة في جانب المرضعة متفق عليها فتحرم المرضعة لأنها صارت أمًا له بالرضاع. وبناتها. لأنهن صرن أخوات له سواء أكن من صاحب اللبن أم من غيره وذلك لقوله عز وجل: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ بعد قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ وكذا يحرم بنات بنات المرضعة وبنات أبنائها وإن سلفن لأنهن بنات أخ المرضع وأخته من الرضاعة وهن من النسب محرمات وكذا من الرضاعة.

وكذا لو أرضعت امرأة صغيرين من أولاد الأجانب صارا أخوين لكونهما من أولاد المرضعة فلا تجوز المناكحة بينهما إذا كان أحدهما أنثى. والأصل في ذلك أن كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد صارا أخوين أو أختين أو أخًا وأختًا من الرضاعة فلا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر.

وكذا أمهات المرضعة يحرمن على المرضع لأنهنّ جدات من قبل أمه من الرضاع.

وأما الحرمة من جانب زوج المرضعة التي نزل لها من لبن فثبتت عند عامة العلماء والصحابة رضوان الله عليهم.

وروي عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال: لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن ياسر ومالك وفي رواية عن الشافعي. وهي المسألة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل. أنه يحرم فتحرم المرضعة على زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن لأنها بنته من الرضاع. أو لا فلا تحرم.

احتج من قال بعدم الحرمة بأن الله عز وجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب زوج المرضعة حيث قال: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ولأن المحرم هو الإرضاع وأنه وجد منها لا منه فصارت بنتًا لها لا له. ويؤيد ما تقدم أنه لو نزل لزوج لبن فارتضعت منه صغيرة لم تحرم عليه فإذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره.

أولاً. الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «يُحَرَّمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يُحَرَّمُ مِنَ النَّسَبِ» وهذا الحديث عام إلاّ في مسألتين.

الأولى: أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج بأخت ابنه من النسب لأمه ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع.

الثانية: أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أم أخته من النسب لأبيه ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع.

لأن المانع في النسب كونها موطوءة من أبيه، وإن هذا حرام وهذا لم يوجد في الرضاع. =

. . . .

= ولا يخفى أن هذا في الحقيقة ليس استثناءً إلاً بحسب الظاهر لأن المعنى المحرم في النسب مفقود فليس الاستثناء إلاَّ صوريًا.

ثانيًا: بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت:

جاء عمي من الرضاع فاستأذن علي فأبيت أن آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك. فقال النبي ﷺ «إِنَّمَا هُوَ عَمُّكِ فَأْذَنِي لَهُ» فقلت يا رسول الله إنما أَرْضَعَتْنِي الْمَرْأَةُ وَلَمْ يُرْضِعْنِي الرَّجُلُ. فقال ﷺ: «فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ» قالت عائشة رضي الله عنها وذلك بعد أنْ ضرب علينا الحجاب.

ثالثًا: بأن المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة معًا فيجب أن يكون الرضاع منهما معًا كما كان الولد لهما معًا. وأما قولهم إن الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب الزوج فنقول لهم إن لم يبينها نصًا فقد بينها دلالة وهذا لأن البيان من الله بطريقتين:

بيان إحاطة. وبيان كفاية.

فبين النسب بيان إحاطة وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطًا للمجتهدين على الاجتهاد. والاستدلال بالمنصوص على غيره. وهو أن الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن هو ماؤهما معًا فكان الرضاع منهما معًا.

قال الإمام الرازي.

إن الله تعالى لما سمى المرضعة أمًا والمرضعة أختًا فقد نبه بذلك على أنه تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب وذلك لأنه حرم بسببه سبعًا اثنتان منهما متنسبتان بطريق الولادة وهما. الأمهات والبنات. وخمس منها بطريق الإخوة وهن الأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت.

ثم إنه تعالى لما شرع بعد ذلك في أحوال الرضاع ذكر من هذين القسمين صورة واحدة تنبيهًا بها على الباقي. فذكر من قسم قرابة الولادة (الأمهات). ومن قسم قرابة الأخوة (الأخوات). ونبه بذكر هذين المثالين من هذين القسمين على أن الحال في باب الرضاع كالحال في باب النسب ثم إنه عليه الصلاة والسلام أكد هذاالبيان بصريح قوله: «يُحَرَّمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يُحَرَّمُ مِنَ النَّسَبِ» فصارَ صريحَ النسبة مطابقًا لمفهوم الآية وهذا بيان لطيف. وهي الحية والميتة سواء في ثبوت التحريم.

فإن حلب لبن الميتة وأعطي للصبي ثبتت الحرمة عند الحنفية لا وقال الشافعي: إن لبن الميتة لا يثبت به التحريم.

ولا خلاف بيننا وبينه فيما إذا حلب لبنها في حال حياتها في قدح وأوجر به الصبي. إنه تثبت الحرمة بعد موتها. وحجة الشافعي في أن لبن الميتة المأخوذ منها بعد الممات لا يحرم. إن حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلاً لهذا الحكم. ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بالوطء اتفاقًا فصار لبنها كلبن البهائم حتى ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا تثبت الحرمة كذا هذا.

واستند الحنفية إلى الحديث المشهور الذي تقدم وقالوا إن اسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدي. فإن العرب تقول يتم الرضاع وإن كان يرضع بلبن الشاة والبقر.

ولا على فعل الارتضاع منها بدليل أنه لو ارتضع منها الولد وهي نائمة يسمى ذلك رضاعًا حتى يحرم. =

. . . .

= وأما قول الشافعي إن المرأة بالموت خرجت عن أن تكون محلاً للحرمة. فنقول له الحرمة في حال الجباة ليست ثابتة بالأصالة بل بالتبعية باعتبار إنبات اللحم وانشار العظم وقد بقي هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة. بخلاف حرمة المصاهرة لأنها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم وذلك لا يوجد بعد الموت والرضاع من الثدي. والإسعاط وهو ما يصب في الأنف والإيجار وهو ما يصب في الفم سواد. في ثبوت حرمة الرضاع لأن المؤثر في التحريم هو إثبات اللحم وإنشار العظم وسد المجاعة وذلك يحصل بالإسعاط والإيجار وبالجملة كل ما أنبت اللحم وأنشر العظم وسد المجاعة يُحرم وما لا. فلا.

وأما لو خُلِط اللَّبنُ بغيرِهِ فإن خرج عن أصله وغلب عليه غيره فلا يحرم وإلاَّ فيحرم.

وقليل الرضاع وكثيره سواء في الحرمة عند عامة الصحابة رضوان الله عليهم وعامة العلماء. ولكن روي عن عائشة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما. إن قليل الرضاع لا يتعلق به التحريم وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى. حيث قال: لا تثبت الحرمة إلاَّ بخمس رضعات متفرقات.

واستند الشافعي بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان فيما أنزل عشر رضعات يحرمن ثم صرن إلى خمس فتوفي النبي ﷺ وهو فيما أقرّ.

وللجمهور قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ فقد وردت الآية مطلقة عن القدر المعين فتعنى القليل والكثير.

وأما حديث عائشة فقد قيل إنه لم يثبت عنها.

والرضاع الذي يثبت به التحريم ما يكون في حال الصغر دون الكبر وهذا ما عليه الجمهور من العلماء والصحابة رضوان الله عليهم.

وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنه يثبت التحريم في الصغر والكبر واحتجت بظاهر الآية وهي قوله ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاتِي أَرْضَعْتَكُمْ﴾ من غير فصل بين الصغر والكبر.

وبأن حذيفة تبنى سالمًا وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة إليه عليه السلام وقالت يا رسول الله قد كنا نرى سالمًا ولدًا وكان يدخل علي وليس لنا بيت فماذا ترى في شأنه فقال لها عليه السَّلام «أَرْضِعِيهِ عَشْر رَضْعَاتٍ ثُمَّ يَدْخُلْ عَلَيْكِ» وكان سالم كبيرًا فدل على أن الرضاع في حال الكبر والصغر يحرم وقد عملت به السيدة عائشة رضي الله عنها بعد وفاة النبي ﷺ حتى روي أنها إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أن ترضعه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي ﷺ على أنه غير منسوخ.

وقد استدل الجمهور بأن رسول الله (ﷺ) دخل يومًا على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلاً فتغير وجه الرسول عليه السَّلام فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا عمي من الرضاع فقال رسول الله عليه السَّلام.

«انْظُرْنَ مِنْ إِخوَانُكُنَّ إِنَّما الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةُ».

أشار عليه الصلاة والسَّلام عن الرضاع في الصغر هو المحرم إذ هو الذي يدفع الجوع فأما الجوع الكبير فلا يندفع بالرضاع. وبما روي أيضًا عن النبي ﷺ أنه قال «الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَرَ الْعَظْمَ» وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير. لأن إرضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم وغير ذلك كثير. وبهذا تبين أنه ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير لأن النبي ﷺ فسر الرضاع المحرم بكونه دافعًا للجوع منبتًا للحم منشرًا للعظم فهذا وصف الرضاع للصغير لا الكبير فصارت السنة مبينة للكتاب العزيز وما =

وَرُوِيَ عن عَائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قال: «يَحْرُمُ مِنَ [الرضاع](١) مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ»(٢).

= حدث من سالم يحتمل أنه كان مخصوصًا به على أن إرضاع الكبير كان محرمًا ثم صار منسوخًا بما روينا من الأخبار. وأما عمل عائشة رضي الله عنها فقد ورد ما يفيد رجوعها عنه بعد ذلك واختلف الإمام وصاحباه في الحد الفاصل بين الصغر والكبر الذي به مناط التحريم.

فقال الإمام ثلاثون شهرًا ولا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم. وقال «زفر» ثلاثة: أحوال وقال «أبو يوسف ومحمد» حولان وهذا قول الشافعي رحمه الله.

وقال بعضهم أربعون سنة.

استدل كل على ما ذهب إليه في كتاب الرضاع.

والرضاع الذي يثبت به التحريم يثبت بما يثبت به المال وهو الإقرار والشهادة.

أما الإقرار فكأن يقول هي أختي من الرضاع أو أمي أو ابنتي مثلاً ويثبت على ذلك بأن يقول بعده هو حق أو صدق أو نحو ذلك مما يفيد أنه مصر على قوله فإن حصل ذلك قبل الزواج منع منه وإن كان بعده فرق بينهما لأنه أقر ببطلان ما يملك إبطاله وهو الـزواج فيصدق فيه على نفسه.

وأما البينة فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل أو امرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن وهذا عند الحنفية.

وأما الشافعي فإنه يقول فيه أربع نسوة.

ووجه قوله إن الشهادة على الرضاع شهادة عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة.

وللحنفية. ما روي عن محمد بن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه أنه لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم يظهر النكير من أحد فيكون إجماعًا. ولأن هذا الباب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٠١) كتاب الرضاع: باب رضاعة الصغير حديث (١) والبخاري (٥/ ٣٠٠) كتاب الشهادات: باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض حديث (٢٦٤٤) ومسلم (٢/ ١٠٦٨) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة حديث (٢/ ١٤٤٤) والنسائي (٦/ ١٠٢ ـ ١٠٣) كتاب النكاح: باب لبن الفحل والدارمي (٢/ ١٥٥ ـ ١٥٦) كتاب النكاح: باب ما يحرم من الرضاع وعبد الرزاق (٧/ ٤٧٦) رقم (١٣٩٥٢) وأحمد (٦/ ١٧٨) وابن الجارود (٦٨٧) وأبو يعلى (٧/ ٣٣٨) رقم (٤٣٧٤) والبيهقي (٧/ ١٥٩) كتاب النكاح: بـاب ما يحرم من نكاح القرابة والرضاع كلهم من طريق عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» وله لفظ آخر مطولاً.

وللحديث طريق آخر عن عائشة.

أخرجه مالك (٢/ ٦٠٧) كتاب الرضاع: باب جامع ما جاء في الرضاعة حديث (١٥) والشافعي (٢/ ١٩ ـ ٢٠) كتاب النكاح: باب ما جاء في الرضاع حديث (٥٩) وعبد الرزاق (٧/ ٤٧٧) رقم (١٣٩٥٤) وأحمد (٦/ ٤٤، ٥١) وأبو داود (٢/ ٥٤٥ ـ ٥٤٦) كتاب النكاح: باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب حديث (٢٠٥٥) والترمذي (٣/ ٤٥٣) كتاب الرضاع: باب ما جاء يحرم من الرضاع ما =

وتفصيله: كل امرأة أرضعتك، أو أَرْضَعْتَ وَاحِدًا من آبَائِكَ، أو أجدادك، أو جداتك ـ وإن علا ـ فَتِلْكَ المرضعةُ وأُمَّهَاتُهَا، وأمهاتُ الْفَحْلِ الَّذي هو صَاحِبُ اللبن جداتهما ـ وإن علون ـ من الرَّضَاع والنَّسب ـ في معنى الأمهات، وأخوات الْمُرْضِعَةِ، وأخواتُ صاحِبِ اللَّبنِ وَأَخَوَاتٌ آبَائِهِمَا وأجدادهما أو جداتهما ـ وإن علون ـ من الرَّضَاعِ والنَّسَبِ ـ في معنى الْعَمَّاتِ والخالاتِ، وبنات المرضعة، وبنات، صَاحِبِ اللَّبن مِنَ الرَّضَاعِ والنَّسب ـ أخواتك وبنات أولادهما ـ وإن سفلن من الرَّضَاعِ والنَّسب ـ في مَعْنَىٰ بَنَاتِ الأخِ والأختِ.

وَكُلُّ امرأةٍ أَرْضَعَتْهَا امرأتُكِ بِلَبَنِكَ، أو واحدةٌ من بَنَاتِكَ، أو بنات أَوْلَادِكَ، أو امرأة بِلَبَنِ وَاحِدٍ مِنْ بَنِيكَ، أو بني أولادك ـ وإن سفلوا ـ فهي أو بناتُها أو بَنَاتُ أَوْلَادِهَا من الرَّضَاعِ وَالنَّسَبِ ـ في معنى الْبَنَاتِ.

وكلُّ امرأةٍ أرضعتها أُمُّكَ، أو امْرَأَةٌ بِلَبَنِ أَبِيكَ ـ فهي أختُك وبناتُها أو بناتُ أولادها من الرَّضَاعِ والنَّسَبِ ـ وإن سفلن ـ في مَعْنَىٰ بَنَاتِ الأُخْتِ.

وإن كان الرضيعُ ذكرًا، فبناتُه وبناتُ أولاده من الرَّضَاعِ والنَّسبِ في معنى بَنَاتِ الأَخِ. وكلُّ امرأةٍ أَرْضَعَتْهَا أُخْتُكَ، أو امرأةٌ بِلَبَنِ أَخِيكِ ـ فهي وبناتُها وبناتُ أولادها ـ وإن سَفَلْنَ ـ من الرَّضَاعِ وَالنَّسَبِ ـ في معنى بَنَاتِ الأخِ والأخت.

وكلُّ امرأةٍ أرضعتها واحدةٌ من جَدَّاتِكَ، أو امرأةٌ بِلَبَنِ وَاحِدٍ من أَجْدَادِكَ ـ وإن علا ـ من الرَّضَاعِ والنَّسَبِ ـ فهي في معنى العمَّاتِ وَالْخَالاَتِ.

وَأَرْبَعٌ من النِّسْوَانِ يتصورن حَلَالاً في الرَّضَاعِ، ولا يُتَصَوَّرُ وجودُ ذلك في النَّسَبِ ـ أمُّ أختك، وأمُّ نافلتك، وجدَّةُ وَلَدِكَ، وأختُ وَلَدِكَ، فهؤلاء في النَّسَبِ حرام؛ لأن أُمَّ أختك، إما أن تكون أُمَّك، أو زوجة أبيك.

وأم نافلتك؛ إما أن تكون ابْنَتَكَ، أو زوجةُ ابنك.
وجدة ولدك؛ إما أن تكون أُمَّكَ، أو أمُّ امْرَأَتِكَ.
وأختُ وَلَدِكَ: إما أن تَكُونَ ابْنَتَكَ أو رَبِيبَتَكَ.

= يحرم من النسب حديث (١١٤٧) وابن ماجة (١/ ٦٢٣) كتاب النكاح: باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب حديث (١٩٣٧) والنسائي (٦/ ٩٩) والدارمي (٢/ ١٥٦) كتاب النكاح: باب ما يحرم من الرضاع وسعيد بن منصور (١/ ٢٧٣) رقم (٩٥٣) وابن حبان (٤٢٠٩ ـ الإحسان) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٦) رقم (٣٠٤) والبيهقي (٧/ ١٥٩) كتاب النكاح: باب ما يحرم من نكاح القرابة والرضاع والخطيب في «تاريخ بغداد» (٦/ ٣٣٣) من طرق عن عروة عن عائشة مرفوعًا بلفظ يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.
وقال الترمذي: حسن صحيح.

ففي الرَّضَاعِ تتصور أُمُّ أخت لا تكون أمًّا ولا زوجة أب؛ مثل: أن أرضعت امْرَأَةٌ أُخْتَكَ أو أخاك ـ لا تحرم تلك الْمَرْأَةُ عَلَيْكَ، وإن كانت أُمًّا لك، أو زوجةً لأَبِيكَ من الرَّضَاعِ ـ تحرم.

وتتصور أُمُّ نافلةٍ لا تكون ابنتك ولا زوجة ابنك؛ مثل: أن أَرْضَعَتْ امرأةٌ نافلتك ـ لا تحرم عليك، وإن كانت ابْنَتُكَ أو زَوْجَةُ ابْنَكَ من الرضاع ـ حُرمت عليك.

وتتصور جَدَّةُ وَلَدِكَ [لا تكونُ أمَّك][1] ولا أمَّ امرأتك؛ بأن أَرْضَعَتِ [امْرَأَةٌ][2] وَلَدَكَ ـ فأمها لا تحرمُ [عليك][3].

فإن كانت أُمَّكَ وأمَّ امْرَأَتِكَ مِنَ الرَّضَاعِ ـ حُرمت عليك.

وتتصور أخت ولدك لا تكون ابْنَتَكَ من الرَّضَاعِ، ولا رَبِيبَتَكَ؛ بأن أرضعت امرأة ولدك ـ فلا تحرم عليك أختُ ابنتها، وهي أختُ وَلَدِكَ، وإن كانت أخت الولد ابنتك من الرَّضَاعِ، أو ربيبتك ـ حُرمت عليك، ولا تُحرم عليك أُخْتُ أَخِيك؛ لا من النَّسَبِ، ولا مِنَ الرَّضَاعِ.

بيانه: من النَّسَبِ: رَجُلٌ له أَخٌ من أبٍ، وأختٌ من أمٍّ ـ يجوز لأخيه من الأب أَنْ يَنْكِحَ أُخْتَهُ من الأمِّ.

وبيانُه من الرَّضَاعِ: امرأةٌ أَرْضَعَتْ غُلَامًا وجاريةً أجنبيين، وللغلام أَخٌ من النَّسَبِ ـ يجوزُ لذلك الأخِ أن يَتَزَوَّجَ الجاريةَ التي هي أختُ الغلامِ بالرَّضَاعِ.

أما الْمُحَرَّمَاتُ بِالْمُصَاهَرَةِ[4]: فقولُه تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

وقال: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: ٢٢]، فيحرم على الرجل حَلِيلَةُ الأَبِ بنفس العقد[5].

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: عليه.

(٤) المحرمات بالمصاهرة أربع. الأول أم الزوجة. الثاني بنتها. الثالث: امرأة الأب. الرابع: حلائل الأبناء.

(٥) لا يحل لرجل أن ينكح امرأة أبيه وأجداده وإن علوا للنص الوارد في ذلك وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ قالوا كان الرجل إذا مات ورث ابنه نكاح امرأة أبيه فإن كانت أمه فله أن يزوجها لمن يشاء، وإن كانت غير أمه فله أن يتزوجها أو يزوجها لمن شاء.

قال بعض المفسرين: نزلت هذه الآية في محصن بن قيس بن الأسلت. مَات أبوه فورث نكاح امرأته فلم ينفق عليها ولم يورثها من المال شيئًا. فشكت أمرها إلى رسول الله ﷺ فقال انتظري لعل الله ينزل فيك قرآنًا ويظهر أن هذا النوع كان ممقوتًا عند كثير من العرب لأنهم كانوا يسمونه نكاح المقت =

. . . .

= ويسموا الرجل الذي كان يفعله بالمقتي. قالت الشافعية: إن الحكم خاص بالمعقود عليها لأن الزنا عندهم لا يوجب حرمة المصاهرة والخلاف في هذا فرع والخلاف في معنى لفظ النكاح لغة.

قالت الحنفية: إن الحكم عام في الآية يشمل الموطوءة والمعقود عليها.

قالت الشافعية إن النكاح حقيقة: في العقد مجاز في الوطء وذهب بعض العلماء إلى أنه مشترك بين الوطء والعقد. اشتراكًا لفظيًا.

وذهب الحنفية إلى عكس الشافعية.

وروي عنهم أنه حقيقة في الضم أيضًا وهذا ما ذهب إليه مالك رضي الله عنه.

ثم إنه لا خلاف بين قولهم أولاً وثانيًا. لأن الوطء من أفراد الضم. ألا ترى إن الموضوع للأعم حقيقة في كل أفراده كالإنسان في زيد.

ثم اعلم وفقني الله وإياك أنه قد ورد الاستعمال في كل هذه المعاني الثلاث. ففي الوطء قوله عليه الصلاة والسلام «وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لاَ مِنْ سِفَاحٍ» أي من وطء حلال لا من حرام وفي العقد أيضًا قول الأعشى.

وَلاَ تَقربن جارةً إنْ سَرَّهَا: عَلَيْكَ حَرَامُ فَانْكَحَنَّ أَوْ تَأَبَّدَا وفي المعنى الأعم وفي المعنى الأعم ضَمَمْتُ إلَىٰ صَدْرِيْ مِعْطَرَ صَدْرِهَا: كَمَا نكَحَتْ أُمَّ الغِلاَمِ صَبِيَهَا. أي ضمته.

فمدعي الاشتراك بقول تحقق الاستعمال والأصل الحقيقة والشافعي يقول كونه مجازًا في أحدهما حقيقة في الآخر. حيث أمكن أولى من الاشتراك لأنه خلاف الأصل.

ثم يدعي تبادر العقد عند الإطلاق. دون الوطء، ويحيل فهم الوطء عند الإطلاق بل يفهم عند القرينة.

ففي الحديث الأول هي عطف السفاح على النكاح.

والحنفية سلموا ما قاله الشافعي أولاً من كون أحدهما حقيقة والآخر مجازًا أولى من الاشتراك.

لكنهم منعوا تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح لغة ولم يسلموا أن فهم الوطء فيما ذكر مستند إلى القرينة وإن كانت موجودة إذ وجود قرينة تؤيد إرادة المعنى الحقيقي لا يستلزم كون المعنى مجازًا.

بل المعتبر تجريد النظر عن القرينة فإن عرف أن المعنى المفهوم معها لم يدل اللفظ عليه فهو مجاز وإلاَّ فحقيقة ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة في الوطء وإن كان مقرونًا بها.

وقد علم ثبوت الاستعمال أيضًا في الضم. فاعتبار حقيقة فيه يكون مشتركًا معنويًا من أفراده الوطء والعقد إن اعتبرنا الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول. أو الوطء فقط فيكون حقيقة فيه مجازًا في العقد. وهذا هو المنفيين لأنه إذا دار اللفظ بين الاشتراك والمجاز كان الثاني أولى ما لم يثبت صريحًا خلافه ولم يثبت.

بل قالوا نقل عن المبرد عن البصريين وعن غلام ثعلب الشيخ عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم.

ثم المتبادل من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض يتلاشى الأول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم إليه فوجب كونه مجازًا في العقد فظهر من هذا أن الحق بيد الحنفية =

وكذلك حَلاَئِلُ أجداده ـ وإن علوا ـ من قِبَلِ الأب الأم، سواء كان الأبُ من الرَّضَاعِ، أو من النَّسَبِ.

وكذلك تحرمُ حليلةُ الابن، وحلائلُ أَبْنَاءِ أَوْلاَدِهِ[1] ـ وإن سفلوا ـ من النَّسَب، أو

= وهو أن الآية تعم الموطوءة والمعقود عليها التي لم يطئها الأب أم الموطوءة فقط.

وقد يكون النكاح بمعنى العقد فقط.

قال بعض المحققين وهو الذي يعرف وثبتني عليه الأحكام فالمراد منه هنا العقد ويؤيد هذا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير هذه الآية. قال كل امرأة تزوجها أبوك دخل بها أو لم يدخل فهي علىك حرام فدل هذا على إرادة العقد. فحينئذ تحرم منكوحة الأب دخل بها أو لا لأنه قد سبق أن النكاح يقع على العقد والوطء فتحرم بكل واحد منهما.

ولأن إنكاح منكوحة الأب يفضي إلى قطع الرحم لأنه إذا فارقها أبوه لعله يندم فيريد أن يعيدها فإذا نكحها الابن أوحشه ذلك وصارت بينهما الضغينة وذلك سبب التباعد بينهما وهو تفسير قطيعة الرحم وهذا رأي الجمهور في الآية. وقال بعض المفسرين إن (ما) في قوله تعالى ﴿مَا نَكَحَ﴾ مصدرية ومن النساء صلة لتنكحوا والمعنى ولا تنكحوا من النساء نكاحًا كنكاح أبائكم والمراد النهي عن أنكحة آبائهم التي كانوا يتناكحونها في الجاهلية. فقد كانت لهم أنكحة كثيرة كالنكاح بلا شهود والنكاح المؤقت ونكاح الشغار واختار ابن جرير هذا الرأي ورجح بأنه لو كان المراد بقوله ﴿وَلاَ تَنْكِحُوْا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ النهي عن التزوج بحلائل الآباء دون سائر مناكح العرب التي مر بها الإسلام لقيل ولا تنكحوا من نكح. فإن من بني آدم وما لغيره فلما قيل ما نكح دل ذلك على أن المراد النهي عن الأنكحة الفاسدة في الإسلام وهذان إن كان حسنًا لعمومه إلاَّ أن نظم الآية ببعده فإن الظاهر أن قوله ﴿مِنَ النِّسَاءِ﴾ بيان لما وسبب النزول يؤيد ما ذهب إليه الجمهور.

وهناك رأي ثالث في الآية وهو أن المعنى ولا تنكحوا ما وطىء آباؤكم من النساء. والمراد النهي عن التزوج بمن وطئها الأب وطأ مباحًا أو محظورًا فيشمل النهي تزوج قرينة الأب.

وقد اختار «الجصاص» هذا الرأي ودافع عنه واحتج له بأن النكاح في اللغة حقيقة في الوطء مباحًا كان أو محظورًا فلا يصرف إلى غيره إلاَّ بدليل.

وغرضه إثبات ما ذهب إليه الحنفية من أن التحريم بالزنا كالتحريم بالمصاهرة.

وصفوة القول إن الذي عليه الجمهور هو أن المراد من قوله تعالى ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾.

هو النهي عما كان فاشيًا في الجاهلية ووقع في أول الإسلام من تزوج زوجان الآباء وهو ما كان يسمى بنكاح المقت وقد ذم الله تعالى بمثل ما ذم به الزنا فقال عز من قائل ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيْلاً﴾ ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

(١) لا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة ابنه وابن ابنه وابن بنته وإن سفل وقد استدل لذلك بالعقل والنقل.

أما العقل فلأنه إذا لم تحرم خليلة الابن على الأب، فإذا طلقها الابن ربما يندم على ذلك ويرغب في عودتها إليه فإذا تزوجها أبوه أورث ذلك الضغينة بينهما ولا شك أن الضغينة تورث القطيعة وقطع الرحم حرام.

سواء كان قد دخل بها الابن أو لم يدخل لأن النص مطلق عن شرط الدخول. =

. . . .

= وأما النقل فقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ فالحلائل جمع حليلة وهي الزوجة والرجل حليل. ولفظ الحليلة إما أن يكون مشتقًا من الحل بالفتح أي حل الأزار.

أو من الحلول أي حلول الفراش. أو من الحِل بالكسر ضد الحرمة. وإما أن يكون اسم جنس للزوجة.

لا جائز أن يكون مشتقًا من الحل بالفتح ولا من الحلول لأنه حينئذ يكون قاصرًا على الموطوءة بملك اليمين والموطوءة بعقد صحيح وبشبهة زنا ولا يتناول المعْقود عليها للابن ولم يكن وطئها تحت مع أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء.

ولا جائز أن يكون مشتقًا من الحل بالكسر لأنه يكون قاصرًا على المعقود عليها بعقد صحيح ولا يتناول المزني بها.

فالظاهر إذًا أن يكون لفظ الحليلة اسم جنس للزوجة كما ذهب إليه الجصاص.

فحليلة الابن وهي زوجة تحرم على الأب سواء دخل بها الابن أو لا لإطلاق النص عن قيد الدخول.

ومما يعزز أن لفظ الحليلة اسم جنس للزوجة أنها لو كانت مشتقة وكان معناها ذات ما ثبت لها الحل لشمل أمة الابن بمجرد شرائها وإن لم يطأها الابن فإنه يصدق عليها حليلة باعتبار ثبوت الحل لها مع أنها لا تحرم إلاَّ بالوطء، أو دواعيه.

وفي «البحر» يجب أن يراد من الحليلة معنى أعم من الحل بالفتح والكسر حتى يكون الدليل، والأعلى حرمة الجميع لكن ما هو ذلك الأعم لم يعنه أحد انتهى.

وقد اختلف العلماء في ذكر الأصلاب المذكورة في الآية فمن قائل يقول إن هذا قيد لإخراج حليلة الابن من الرضاع لأنه ليس ابنًا من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة وقد ذكر في «المبسوط» إن الشافعي ممن يقول بجواز نكاح حليلة الابن من الرَضاع بناءً على أصله من أن لبن الفحل لا يحرم وبناء على أن القيد خرج مخرج الشرط في الآية.

ولكن المروي عن الأئمة الأربعة أن حليلة الابن رضاعًا محرمة على أبيه من الرضاع. والقيد المذكور لإخراج حليلة المتبني وتحريمها إما لدخول الابن الرضاع في الأبناء وإما الحديث. «يُحَرَّمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يُحَرَّمُ مِنَ النَّسَبِ».

ورد عليهم من يقول بحل حليلة الابن من الرضاع بأن المتبني ليس ابنًا حقيقة: ولا شرعًا ولا عرفًا وقد بطل عرف الجاهلية بقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾.

أو قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ فلا يحتاجوا إلى إخراجه بهذا القيد وأما حديث «يُحَرَّمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يُحَرَّمُ مِنَ النَّسَبِ» فليس فيه دليل على التحريم بل هو حجة على المستدلين به لأن تحريم امرأة الَابن ليست بالنسب وإنما هو بالمصاهرة والحديث قد بين أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واقتصر على ذلك فلو أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة لقال يحرم من الرضاع ما يحرم من الصهر فيكون القيد لإخراج الابن من الرضاع لأنه ليس من الصلب مباشرة ولا بالواسطة.

وقد انتصر «ابن القيم» لهذا الرأي وأطال في الاحتجاج له حتى إنه قال ما معناه. إن حليلة الابن من الرضاع لا تحرم لأن الحديث الذي تمسك به الجمهور لا يدل على الحرمة لأنه إنما حرم من الرضاع =

الرضاع، وكذلك تحرمُ على الرجل أمُّ زوجته(١)، وأمهاتُها، وَجَدَّاتُهَا من قِبَلِ أبيها، أو مِنْ قِبَلِ أُمِّهَا من النَّسَبِ، ومِنَ الرَّضَاعِ.

ويحرمُ هَؤُلَاءِ بنفس العقدِ، حتى لو فَارَقَ الْمَرْأَةَ، أو مَاتَ عنها قبل الدُّخُولِ ـ لا يحلُّ له نِكَاحُ هؤلاء.

= ما يحرم من النسب وليست زوجة الابن من المحرمات بالنسب بل بالمصاهرة. إذ المحرمات بالنسب سبع ليس منهن زوجة الابن.

وليس لهم أن يقولوا إن المراد من الحديث أن يكون النسب له دخل في التحريم أعم من أن يكون علة تامة كما في الأم والبنت أو جزء علة كما في حليلة الابن من النسب.

فإن العلة مركبة من أمرين الزوجة وكونها زوجة الابن فكان للنسب دخل في التحريم وحينئذ يكون قوله عليه الصلاة والسلام: «يُحَرَّمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يُحَرَّمُ مِنَ النَّسَبِ» علة تامة حينئذ يكون مقتضيًا للتحريم بنفسه بدون حاجة إلى شيء آخر.

ويدخل في تحريم حليلة الابن (أمة الابن) التي استمتع بها أما لصدق اللفظ عليها بكل معنى، وقيل من اشتقاقه كما يقول الشافعي وإما لأنها موطوءة الابن على رأي الحنفية.

أما الأمة التي لم يستمتع بها الابن فقد قالت الحنفية أنه يجوز للأب التزوج بها. قالوا لأنها ليست بحليلة فإن الحليلة هو الزوجة لغة: وليست بموطوءة.

وقال الشافعي لا يجوز للأب أن يتزوجها. قال لأن لفظ الحليلة يصدق عليها. إما على أن الاشتقاق من الحلول أو من الحل بالكسر فظاهر. وأما على أن الاشتقاق من الحل بالفتح فغير ظاهر لأن الفرض أنه لم يستمتع بها. وإذا كان الأمر كذلك فلا يصدق عليها، اسم الحليلة من كل وجه على أن الله تعالى عبر عن الحلال بلفظ الأزواج في آية أخرى فقال ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾ فإن الآيةَ في صدد حل أزواج الأدعياء بخلاف أزواج الأبناء. ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

(١) يحرم على الرجل أم زوجة وجداتها من قبل أبيها وأمها وإن علون فإنهن يحرمن بمجرد العقد الصحيح فإن لم توطأ الزوجة وإن كان فاسدًا فلا تحرم إلاَّ بالدخول أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة لإضافة النساء إلى ضمير الرجال في الآية وهي لا تتحقق إلاَّ بالعقد الصحيح نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾.

وخرج بهذا أم أمته فإنها لا تحرم إلاَّ بالوطء أو دواعيه لأن لفظ النساء إذا أضيف إلى الأزواج كان المراد منه الحرائر فظهر من هذا أنه لا يشترط في تحريم أم الزوجة الدخول بالزوجة بل تحرم بالعقد لأن الله تعالى لم يشترط الدخول هنا كما شرطه فيما بعد، وعلى ذلك جمهور المسلمين من السَّلف وهذا رأي الأئمة الأربعة.

واستدل في «المبسوط» على التحريم بحديث عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ وَحُرِّمَتْ عَلَىٰ بِنْتِها إِذَا دَخَلَ بِهَا» فهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل.

ولأن هذا النكاح أي نكاح أم الزوجة يفضي إلى قطع الرحم لأنه إذا طلق بنتها وتزوج بأمها حملها ذلك على الضغينة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما، وقطع الرحم حرام فما أفضى إلى الحرام، يكون حرامًا. ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

والرابِعَةُ: ابنةُ الزَّوْجَةِ تحرمُ على الرَّجُلِ بعد الدُّخولِ بالأم، وكذلك بناتُ أولادها - وإن سفلوا - من النَّسَبِ والرَّضَاعِ جميعًا.

فإن مَاتَ عنها، أو فَارَقَهَا قبلَ الدُّخُولِ بها - يحلُّ له نكاحُ ابنتها؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

وقال مالك: لا تحرمُ الرَّبِيبَةُ[1]، إلا أَنْ تَكُونَ مرباةً في حِجْرِهِ.

قال علي: أُمُّ المرأةِ لا تحرمُ إلاَّ بالدُّخُولِ بالبنت.

وعامةُ العلماءِ على خِلَافِهِ؛ لأن تحريمَ الأمِّ مطلقٌ، وتحريمَ الربيبةَ مُقَيَّدٌ بالدُّخُولِ بالأَمِّ.

وقال داود: لا تحرم حَلِيلَةُ الابن من الرَّضَاعِ؛ لأن الله - تعالى - قال: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

---

(١) ربيبة الرجل هي بنت زوجته من ربه يربه بمعنى رباه يربيه ومن هذا الرب تبارك وتعالى لأنه يتعهد الخلق ويصلح شؤونهم وحالهم.

فربيبة الرجل تحرم عليه إذا دخل بأمها أو اختلا بها خلوة صحيحة أو فاسدة عند أبي يوسف.

وإن لم يكن دخل بأمها فلا تحرم لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

فقوله ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ قيد لتحريم الربيبة فهي لا تحرم على زواج أمها إلاَّ إذا دخل بأمها وقد نص الله على الحل بذكر مفهوم القيد بقوله ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ أي فلا إثم ولا تضييق ولا حرج عليكم في تزوج الربيبة عند عدم الدخول بالأم.

والحُجُورُ في الآية جمع حَجر أو حِجر وهو الحصن وهو مكان الشيء الذي يحوطه الإنسان أمام صدره بين العضدين والسَّاعدين والمراد بِأنها في كنفِ الزوج ورعايته.

قال الأستاذ «الشيخ محمد عبده».

إنما ذكر هذا الوصف لإشعار الرجل بالمعنى الذي لأجله كان التحريم وهو أن بنت الزوجة كبنته لأن زوجته كنفسه ففرعها كفرعه فهو وصف يحرك عاطفة الأبوة في الرجل وإذن فتكون الربيبة حرامًا على زوج أمها سواء كانت في حجره وتربيته أم لم تكن وذكر الحجور للعادة.

وروي عن «علي» كرم الله وجهه تحليل الربيبة إذا لم تكن في حجر الرجل فيكون ذكر الحجر لنقيد.

وقال مالك لا تحرم الربيبة إلاَّ إذا كانت صغيرة وقت التزوج وكانت في حجره وتمسك بظاهر الآية لأن الصغيرة هي التي يتحقق أنها في الحجر دون الكبيرة.

قد يقال لم خص الله حرمة البنت بدخول الأم دون العكس.

فالجواب إن في الأمَّهات من الرقة والشفقة والمحبة لبناتهن ما ليس في البنات لأمهاتهن. ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

قلنا: التقييدُ بابن الصُّلب؛ ليعلم أن زوجةَ المتبني لا تُحرم، ولا تحرم أُمُّ حليلةِ الأَبِ، ولا أُمُّ حَلِيلَةِ الابنِ، ولا حليلة الرَّابِّ والرَّبِيبِ، وكل مَنْ يحرم بعقدِ النِّكَاحِ مِنْ هَؤُلاءِ يحرمُ بِالْوَطْءِ بِملكِ اليمينِ، أو بالشُّبهة.

فَصْلٌ في تَحْرِيمِ الجَمْعِ

قال الله ـ تعالى: ﴿وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْـنِ﴾ [النساء: ٢٣].

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ـ رضِيَ الله عَنْهُ ـ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قَالَ: «لاَ يَجْمَعُ الرَّجُلُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلاَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا»(١).

---

(١) هذا الحديث تواتر عن رسول الله ﷺ؛ ورواه عنه جماعة من أصحابه رضوان الله عليهم، وهم أبو هريرة وجابر بن عبد الله وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمرو بن العاص وعبد الله بن عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو سعيد الخدري وأبو موسى الأشعري وأنس بن مالك وأبو الدرداء وسمرة بن جندب وعتاب بن أسيد وعائشة وسعد بن أبي وقاص. وإليك تخريج أحاديثهم.

حديث أبي هريرة.

وله طرق كثيرة عنه وقد رواه عنه جماعة من أصحابه وهم عامر الشعبي والأعرج وأبو سلمة بن عبد الرحمن وقبيصة بن ذؤيب وابن سيرين وعراك بن مالك وعروة بن الزبير وعبيد الله بن عبد الله وعبد الملك بن يسار وابراهيم وسعيد بن المسيب وأبو العالية.

طريق الشعبي.

علقة البخاري (٩/ ١٦٠) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها حديث (٥١٠٨) ووصله أبو داود (٢/ ٥٥٣) كتاب النكاح: باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء حديث (٢٠٦٥) والترمذي (٣/ ٤٣٣) كتاب النكاح: باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها حديث (١١٢٦) والنسائي (٦/ ٩٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها والدارمي (٢/ ١٣٦) كتاب النكاح: باب الحال التي يجوز للرجل أن يخطب فيها وأحمد (٢/ ٤٢٦) وعبد الرزاق (٦/ ٢٦٢) رقم (١٠٧٥٨) وابن أبي شيبة (٤/ ٢٤٦) وسعيد بن منصور (١/ ٢٠٨) رقم (٦٥٢) وابن الجارود رقم (٦٨٥) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٨ ـ ٧٩) رقم (٢٧٣) وأبو يعلى (١١/ ٥١٦ ـ ١٥٧) رقم (٦٦٤١) والسهمي في تاريخ جرجان (ص ـ ٣٩٢) والبيهقي (٧/ ١٦٦) كتاب النكاح: باب ما جاء في الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها كلهم من طريق داود بن أبي هند عن الشعبي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح وأخرجه الطبراني في «الصغير» (١/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦) من طريق ابن بزيع عن سليم مولى الشعبي عن الشعبي عن أبي هريرة به.

طريق الأعرج.

أخرجه مالك (٢/ ٥٣٢) كتاب النكاح: باب ما لا يجمع بينه من النساء حديث (٢٠) والبخاري (٩/ ١٦٠) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها حديث (٥١٠٩) ومسلم (٢/ ١٠٢٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها حديث (٣٣/ ١٤٠٨) والشافعي في «مسنده» =

= (١٨/٢) كتاب النكاح: باب الترغيب في التزوج (٥٠).

والنسائي (٦/٩٦) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها والدارمي (٢/١٣٦) كتاب النكاح: باب الحال التي يجوز للرجل أن يخطب فيها وأحمد (٢/٤٦٥) وسعيد بن منصور (١/٢٠٩) رقم (٦٥٤) ومحمد بن نصر في «السنة» (ص ـ ٧٨) رقم (٢٧٠، ٢٧١) والبيهقي (٧/١٦٥) كتاب النكاح: باب ما جاء في الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها من طريق أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة.

طريق أبي سلمة.

أخرجه مسلم (٢/١٠٢٩) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح حديث (٣٧/١٤٠٨) والنسائي (٦/٩٧) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها وسعيد بن منصور (١/٢٠٨) رقم (٦٥٠) وأحمد (٢/٢٢٩، ٤٢٣) وعبد الرزاق (٦/٢٦١) رقم (١٠٧٥٥) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٨) رقم (٢٦٩) من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة.

طريق قبيصة بن ذؤيب.

أخرجه البخاري (٩/١٦٠) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها (٥١١٠) ومسلم (٢/١٠٢٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح حديث (٣٥/١٤٠٨) وأبو داود (٢/٥٥٤) كتاب النكاح: باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء حديث (٢٠٦٦) والنسائي (٦/٩٦ ـ ٩٧) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها.

أحمد (٢/٤٠١، ٤٥٢، ٥١٨) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٨) رقم (٢٧٢) والبيهقي (٧/١٦٥) كتاب النكاح: باب ما جاء في الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها، من طريق قبيصة بن ذؤيب أنه سمع أبا هريرة. . . فذكره.

طريق ابن سيرين.

أخرجه مسلم (٢/١٠٢٩) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها حديث (٣٨/١٤٠٨) والترمذي (٣/٤٣٣) كتاب النكاح: باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها (١١٢٥) والنسائي (٦/٩٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وابن ماجة (١/٦٢١) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها حديث (١٩٢٩) وأحمد (١/٤٧٤) وعبد الرزاق (٦/٢٦١) رقم (١٠٧٥٣) وابن عدي في «الكامل» (١/٤١٦) وأبو نعيم في «الحلية» (٦/٣٠٧) والبيهقي (٧/١٦٥) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها كلهم من طريق محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

طريق عراك بن مالك.

أخرجه مسلم (٢/١٠٢٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها حديث (٣٤/١٤٠٨) والنسائي (٦/٩٧) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها والبيهقي (٧/١٦٥) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها عن طريق عراك بن مالك عن أبي هريرة.

وأخرجه النسائي (٦/٩٧) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها من طريق عراك بن مالك والأعرج معًا عن أبي هريرة.

=

. . . .

= طريق عروة بن الزبير وعبيد الله بن عبد الله أخرجه ابن نصر في «السنة» (ص ـ ٧٨) رقم (٢٧٢) من طريق عقيل عن الزهري عنهما عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: أنه نهى أن تنكح على عمتها أو على خالتها.

طريق عبد الملك بن يسار.

أخرجه النسائي (٦/ ٩٧) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها، ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٩) رقم (٢٧٨) من طريق بكير بن عبد الله الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الملك بن يسار عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.

طريق ابراهيم.

أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٢٠٨) رقم (٦٥٣) ثنا هشيم ثنا المغيرة عن إبراهيم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفي ما صحفتها ولتتزوج فإنما لها ما كتب لها.

طريق سعيد بن المسيب وأبي العالية.

ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤١٩ ـ ٤٢٠) رقم (١٢٦٣) قال سمعت أبي يقول: حدثنا هارون بن محمد بن بكار عن أبيه عن سعيد بن بشير عن قتادة عن سعيد بن المسيب وأبي العالية عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى أن يتزوج الرجل على عمتها أو على خالتها قال أبي: يروي هذا الحديث ابن أبي عروبة عن قتادة عن أبي العالية وسعيد بن المسيب عن النبي ﷺ مرسلاً قالا بلغنا أن النبي ﷺ قال: لا ينكح وهو أشبه وابن أبي عروبة أحفظ. ا. هـ.

وطريق ابن أبي عروبة: أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٣٧) وقال: المراسيل في هذا الحديث أولى وقد اختلف على قتادة في هذا الحديث.

فأخرجه العقيلي (٤/ ٣٧) من طريق أبي عاصم ثنا همام عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: لا تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها.

قال العقيلي وقد قيل عن أبي عاصم عن همام عن قتادة عن سعيد عن النبي ﷺ مرسل ا.هـ وقد خالفه محمد بن بلال.

أخرجه العقيلي (٤/ ٣٧) والبزار (٢/ ٦٥ ـ كشف) من طريقه ثنا هشام عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها.

قال البزار: لا نعلمه عن سمرة إلاَّ من هذا الوجه ولا نعلم رواه عن همام إلاَّ محمد بن بلال ويعلى بن عباد ومحمد أثبت من يعلى.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٦) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط ورجال البزار ثقات.

حديث جابر.

أخرجه البخاري (٩/ ١٦٠) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها حديث (٥١٠٨) والنسائي (٦/ ٩٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها وأحمد (٣/ ٣٣٨) والطيالسي (١/ ٣٠٨ ـ منحة) رقم (١٥٦٧) وعبد الرزاق (٦/ ٢٦٢) رقم (١٠٧٥٩) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٩) رقم (٢٧٣) وأبو يعلى في «مسنده» (٣/ ٤٠٨) رقم (١٨٩) وابن عدي في «الكامل» =

. . . .

= (٢/ ٦٦٠) والبيهقي (٧/ ١٦٦) كتاب النكاح: باب الجمع بين المرأة وعمتها من طريق عاصم بن سليمان عن الشعبي عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

وقد خالفه داود بن أبي هند فرواه عن الشعبي عن أبي هريرة وقد مر تخريجه. قال البيهقي: الحفاظ يرون رواية عاصم خطأ. وقد رده الحافظ ابن حجر في «الفتح» (٩/ ٦٥) فقال: وهذا الاختلاف لم يقدح عند البخاري لأن الشعبي أشهر بجابر منه بأبي هريرة وللحديث طرق أخرى عن جابر بشرط الصحيح أخرجها النسائي من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر والحديث محفوظ أيضًا من أوجه عن أبي هريرة فلكل من الطريقين ما يعضده. ا.هـ.

وقد تابع أبو الزبير الشعبي على هذا الحديث أخرجه النسائي (٦/ ٩٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وابن جميع في «معجم الشيوخ» (ص ـ ١١٨ ـ ١١٩) رقم (٦٩) و(ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣) رقم (٢١٢) من طريقين عن أبي الزبير عن جابر به.

حديث علي بن أبي طالب.

أخرجه أحمد (١/ ٧٧ ـ ٧٨) وأبو يعلى (١/ ٢٩٧) رقم (٣٦٠) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٠) رقم (٢٨٣) والبزار (٢/ ١٦٤ ـ كشف) رقم (١٤٣٤) من طريق ابن لهيعة ثنا عبد الله بن هبيرة عن عبد الله بن زرير عن علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ نهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

قال البزار: لا نعلمه عن علي إلاَّ بهذا الإسناد والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٦) وقال: رواه أحمد وأبو يعلى والبزار وفيه ابن لهيعة وحديثه حسن وبقية رجاله ثقات.

حديث عبد الله بن مسعود.

أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (١٠/ رقم ٩٨٠١) والبزار (٢/ ١٦٥ ـ كشف) رقم (١٤٣٥) من طريق المنهال بن خليفة عن خالد بن سلمة عن عمرو بن الحارث عن زينب امرأة عبد الله عن ابن مسعود مرفوعًا بلفظ لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ما في صحفتها.

قال البزار: لا نعلمه عن عبد الله عن النبي ﷺ إلاَّ بهذا الإسناد.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٦): رواه الطبراني في «الكبير» وإسناده منقطع بين المنهال بن خليفة وعمرو بن الحارث بن أبي ضرار ورجالهما ثقات هو وهذا الكلام فيه نظر فإن المنهال لم يروه هنا عن عمرو بن الحارث إنما رواه عن خالد بن سلمة عن عمرو بن الحارث.

حديث عبد الله بن عمرو.

أخرجه أحمد (٢/ ١٧٩، ١٨٢، ١٨٩، ٢٠٧) عن محمد بن جعفر عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٦): ورجاله ثقات: وأخرجه محمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٠) رقم (٢٨٠) من طريق الحسين بن ذكوان وابن عدي في «الكامل» (٥/ ٣٢٨) من طريق الحكم كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وللحديث طريق آخر عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ استند إلى بيت فوعظ الناس وذكرهم قال: لا يصلي أحد بعد العصر حتى الليل ولا بعد الصبح حتى تطلع الشمس ولا تسافر المرأة إلاَّ مع ذي =

. . . .

= رحم مسيرة ثلاث ولا يعقد من امرأة على عمتها ولا على خالتها قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٦): رواه أحمد والطبراني في الأوسط. . . ورجال الجميع ثقات إلاَّ أن إسناد الطبراني الأول فيه محمد بن أبي ليلى وهو ضعيف.

حديث عبد الله بن عمر.

أخرجه البزار (٢/ ١٦٥ ـ كشف) رقم (١٤٣٦) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٠) رقم (٢٨٤) من طريق كثير بن هشام عن جعفر بن برقان عن الزهري عن سالم عن أبيه أن النبي ﷺ نهى أن يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها.

قال البزار: لا نعلم رواه عن الزهري هكذا إلاَّ جعفر ولا عنه إلاَّ كثير.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٦): رواه الطبراني في الأوسط والبزار. . . ورجالهما رجال الصحيح.

وقد أعل هذا الحديث أبو حاتم.

فقال ابنه في «العلل» (١/ ٤٠٢ ـ ٤٠٣) رقم (١٢٠٥): سألت أبي عن حديث رواه كثير بن هشام عن جعفر بن برقان عن الزهري عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ أنه نهى أن يجلس الرجل على مائدة يشرب عليها الخمر وأن تنكح المرأة على عمتها قال أبي هذان الحديثان خطأ يرويه عن جعفر عن رجل عن الزهري أما حديث نهى أن تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها فإن عقيلاً رواه عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله وقبيصة بن ذؤيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وهو أشبه وأما قصة المائدة فهو مفتعل ليس من حديث الثقات وللحديث طريق آخر عن ابن عمر.

أخرجه أبو يعلى في «معجم شيوخه» (ص ـ ٢٨١) رقم (٢٤٨) من طريق موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

وموسى بن عبيدة الربذي.

قال البخاري: منكر الحديث (الضعفاء ـ ٣٤٥).

وقال النسائي: ضعيف (الضعفاء والمتروكين ـ ٥٨١) وكذلك ضعفه الدارقطني فذكره في «الضعفاء ـ ٥١٧) وقال لا يتابع على حديثه.

وقال الترمذي في «السنن» (٣٠٣٩): موسى بن عبيدة يضعف في الحديث ضعفه يحيى بن سعيد وأحمد بن حنبل وقال البزار (١٨٢٣ ـ كشف): لم يكن حافظًا للحديث لتشاغله بالعبادة فيما نرى ا. هـ.

فالحديث بهذا الإسناد ضعيف.

حديث ابن عباس.

أخرجه أحمد (١/ ٣٧٢) وأبو داود (٢/ ٥٤٤) كتاب النكاح: باب ما يكره أن يجمع من النساء حديث (٢٠٦٧) والترمذي (٣/ ٤٣٢) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها ومحمد بن نصر المروزي (ص ـ ٨) رقم (٢٨٤) وابن حبان (١٢٧٥ ـ موارد) من طريق عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه كره أن يجمع بين العمة والخالة وبين الخالتين والعمتين.

واللفظ لأبي داود وزاد ابن حبان قال: إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم.

وقال الترمذي: حسن صحيح. وصححه ابن حبان.

. . . .

= حديث أبي سعيد الخدري.

أخرجه أحمد (٣/ ٦٧) وابن ماجة (١/ ٦٢١) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها حديث (١٩٣٠) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٩) رقم (٢٧٧) من طريق محمد بن إسحق حدثني يعقوب بن عبد الله بن عتبة عن سليمان بن يسار عن أبي سعيد قال: سمعت رسول الله ﷺ ينهي عن نكاحين أن يجمع الرجل بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها. قال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٠٠): هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحق وقد عنعنه. ا.هـ قلت: وكلام البوصيري فيه نظر لأن ابن إسحق صرح بالتحديث عند المروزي في «السنة» فالسند حسن.

صرح بالتحديث عند المروزي في «السنة» فالسند حسن.

وللحديث طريق آخر.

فأخرجه أبو محمد البخاري في «مسند أبي حنيفة» كما في «جامع المسانيد» للخوارزمي (٢/ ١٠٣) بسنده عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال: لا تتزوج المرأة على عمتها ولا على خالتها. ومن هذا الوجه أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٦).

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عطية وهو ضعيف وقد وثق وفيه ضعيف آخر لا يذكر.

حديث أبي موسى الأشعري.

أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٢١) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها حديث (١٩٣١) حدثنا جبارة بن المغلس ثنا أبو بكر النهشلي حدثني أبو بكر بن أبي موسى عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٠١): هذا إسناد فيه جبارة بن المغلس وهو ضعيف.

من طريق جبارة بن المغلس أخرجه أيضًا أبو يعلى في «مسنده» (١٣/ ١٩٣) رقم (٧٢٢٥) وفي «معجم شيوخه» (ص ـ ١٦٨) رقم (١٢٤).

حديث أبي الدرداء.

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٧) عنه قال: قال رسول الله ﷺ: لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه راويان لم يسميا.

حديث سمرة بن جندب.

تقدم تخريجه أثناء حديث أبي هريرة فليراجع.

حديث عتاب بن أسيد.

أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (١٧/رقم ٤٢٦) من طريق عبد العزيز بن محمد عن موسى بن عبيدة الربذي عن أيوب بن خالد عن عتاب بن أسيد عن النبي ﷺ قال: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.

قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٦٦ ـ ١٦٧): رواه الطبراني وفيه موسى بن عبيد الربذي هو ضعيف. =

لا يجوزُ الجمعُ بين الأُخْتَيْنِ في النِّكَاحِ[1]، سواء كانتا من أَبٍ وأُمٍّ واحدة، أو من أَبَوَيْنِ وأُمٍّ واحدة، أو من أُمَّيْنِ وأبٍ وَاحِدٍ، وسواء كانتا أُخْتَيْنِ من النَّسَبِ أو مِنَ الرَّضَاعِ.

= واختلف على موسى في هذا الحديث.

فأخرجه أبو يعلى في «مجمع شيوخه» (ص ـ ٢٨١) رقم (٢٤٨) وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٣٣٥) من طريق عبد الرحيم بن سليمان عن موسى بن عبيدة الربذي عن عبد الله بـن دينار عن ابن عمر. قال: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

وزاد ابن عدي: ونهى عن الشغار والشغار أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لهما صداق.

حديث عائشة.

أخرجه أبو يعلى (٨/ ١٩٧ ـ ١٩٨) رقم (٤٧٥٧) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٠) رقم (٢٨٢) من طريق عبيد الله بن عبد الرحمن بن موهب قال: سمعت مالك بن محمد بن عبد الرحمن قال: سمعت عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة قالت: وجد في قائم سيف رسول الله ﷺ كتابان في أحدهما ولا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.

ولفظ أبي يعلى مطولاً.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٩٥) وقال: رواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح غير مالك بن أبي الرجال وقد وثقه ابن حبان ولم يضعفه أحد.

وذكره أيضًا ابن حجر في «المطالب العالية» (١٤٨٦) وعزاه لأبي يعلى.

حديث سعد بن أبي وقاص.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٢١) من طريق مؤمل بن إسماعيل ثنا الثوري عن خالد بن سلمة المخزومي عن سعيد بن المسيب عن سعد قال: قال رسول الله ﷺ: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.

قال ابن عدي: كذا قال لنا فيه ابن صاعد عن سعيد بن المسيب وقال غيره: عن محمد بن ميمون عن عيسى بن طلحة عن سعد هكذا رواه عن ابن ميمون ابراهيم بن موسى التوزي.

وحدثناه أحمد بن محمد بن سعيد عن عبد الله بن أبي سعد الوراق عن ابن ميمون كذلك وهذا الحديث عن عيسى بن طلحة عن سعد أشبه من سعيد بن المسيب عن سعد لأنه قد روي عن عيسى بن طلحة عن سعد موقوفًا ومرسلاً ا.هـ وقد خولف مؤمل في هذا الحديث خالفه عبد الرزاق وأبو عامر فروياه عن الثوري عن خالد بن سلمة المخزومي عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة.

أخرجه عبد الرزاق (٦/ ٢٦٣) رقم (١٠٧٦٧) وأبو داود في المراسيل (ص ـ ١٨٢) رقم (٢٠٨).

(١) يحرم على الشخص أن يجمع بين الأختين نكاحاً بأي وجه من وجوه الجمع ولا يملك اليمين لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ وهذه الآية معطوفة على الآية قبلها وهي ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ﴾ فالتقدير حرم عليكم أن تجمعوا بين الأختين.

فالجمع بين الأختين نكاحاً حرام وكذا الجمع بينهما فراشاً وهذا مذهب جمهور الصحابة ومن بعدهم من الأئمة الأربعة رضوان الله عليهم. وقد قال علي كرَّم الله وجهه: «مَا حَرَّمَ الله تعالى شيئاً مِنَ الحَرَائِرِ إلاَّ وَحَرَّمَ مِنَ الإِمَاءِ مِثْلَهُ».

وكذلك لا يجوزُ الجمعُ بين الْعَمَّةِ وبنتِ الأَخِ، أو بنات أولاد الأخ ـ وإن سفلن، ولا بَيْنَ الْخَالَةِ وَبِنْتِ الأُخْتِ، أو بَنَاتِ أولادِ الأُخْتِ ـ وإن سفلن ـ من الرَّضَاعِ والنَّسَبِ جميعًا.

وَالمعنى فيه بعد الخبر أَنَّ هذه قرابة تَجِبُ صِلَتُهَا، والجمعُ بينهما يُسَبِّبُ الْقَطِيعَةَ؛ لما يكون بين الضَّرَّتَيْنِ [من الْمُنَافَسَةِ][1] وَالْخُشُونَةِ.

والحد فِيه: أن كُلَّ امْرَأَتَيْنِ لو قدرت إحداهما ذكرًا حرمت الأُخْرَىٰ عليه ـ يحرم الجمعُ بينهما في النِّكَاحِ، وهذا في النَّسَبِ والرَّضَاعِ دون الْمُصَاهَرَةِ، حتى يَجُوزَ الجمعُ بين

= إلا رجل يجمعن للتسّري يريد به الزيادة على أربع.

يؤيد مذهب الجمهور قوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ باللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ يَجْمَعَ مَاءَهُ في رَحِمِ أُخْتَيْنِ» ولأن المراد من قوله تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ حرمة الجمع فراشاً كما أن قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ يقتضي حرمة الاستفراش بأي سبب كان والجمع فراشاً يحصل بالوطء بملك اليمين لذلك قلنا يحرم الجمع بينهما مطلقاً.

كذلك يحرم على الرجل أن يجمع بين المرأة وعمّتها أو خالتها، أو بنت أخيها أو بنت أختها بمعنى أنه يحرم الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكراً لم يجز له التزوج بالأخرى، لقوله ﷺ: «لاَ تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا وَلاَ عَلَى خَالَتِهَا، وَلاَ عَلَى ابْنَةِ أَخِيهَا، وَلاَ عَلَى ابْنَةِ أُخْتِهَا، فَإِنَّكُمْ إِنْ فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَعْتُمْ أَرْحَامَكُمْ». وهذا الحديث مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله.

والسِّرُّ في تحريم الجمع بين المذكورات أن الجمع بينهما مقضٍ إلى القطيعة وذلك بسبب ما يحصل عادة بين الضرَّتين من المباغضة والمحاسدة ولا شكَّ أن قطيعة الرَّحم حرام.

ولهذا جاز الجمع بين المرأة وبنت زوج كان لها من قبل أو بين المرأة وزوجة كانت لأبيها لأنه لا رحم بينهما فلا قطيعة. وقال زفر وابن أبي ليلى لا يجوز الجمع بينهما أيضاً لأن البنت لو قدرتها رجلاً لم يجز له التزوج بالأخرى لأنها منكوحة أبيه فلا يجوز الجمع بينهما.

ثم إن حكم القرابة بسبب الرضاع كحكم القرابة بسبب النسب فلا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين من الرضاع ولو كانتا أجنبيتين من جهة النَّسب كذلك لا يجوز الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من جهة الرضاع. وكما يحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها حال قيام زواج الأولى منهما كذلك الحكم حال كونها في العدة سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً.

أما الرجعي فباتفاق لأن قيد النكاح لا يرتفع إلا بعد انقضاء العدة بالإجماع. وأما البائن ففيه خلاف الشافعي رضي الله عنه لأنه يقول: إذا طلّق الرجل امرأته طلاقاً بائناً جاز له أن يتزوج أختها قبل أن تنقضي عدتها لأن القاطع وهو الطلاق موجود على الكامل إذ لا يمكن أن يستبد بمراجعتها ولو خالطها فإنه يحد حد الزنا كما لو خالط الأجنبية تماماً.

والحنفية قالوا إن بعض أحكام النكاح الأول لا تزال بعد الطلاق البائن حتى تنقضي العدة كالنفقة والمنع من الخروج وثبوت النسب لو جاءت بولد فعلائق النكاح لا تنقطع بالطلاق كلها بل يبقى بعضها حتى تنقضي العدة.

ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

(1) في أ: المناقشة.

الْمَرْأَةِ وزوجة أبيها، وكذلك بَيْنَ المرأةِ وزَوْجَ ابنها، وإن كُنَّا لو قَدَّرْنَا إحداهما ذكرًا حُرِّمَتِ الأخرى.

وكذلك يجوزُ الجمعُ بين المرأةِ وَرَبِيبَةِ زَوْجِهَا من امْرَأَةٍ أُخرَىٰ، وبين بِنْتِ الرَّجُلِ وَرَبِيبتِهِ، لأنا لو قدرنا إحداهما ذكرًا لا تحرم الأُخْرَىٰ عليه.

ولو نَكَحَ رَجُلٌ أُخْتَيْنِ مَعًا، فَالنِّكَاحَانِ بَاطِلَانِ، وإن نَكَحَ واحدةً، ثم نَكَحَ الأخرى قبل أن أبان الأولى ـ فنكاحُ الثانية بَاطِلٌ.

فإذا وَطِىءَ الثَّانية جاهلاً بالحكم[1] يجب عليه مَهْرُ الْمِثْلِ، وعليها العدةُ.

ويجوز له وَطْءُ الأولى في عِدَّةِ الثَّانِيَةِ، غير أن المستحب ألا يَطَأَهَا ما لم تنقض عِدَّةُ الثَّانية.

ولو نَكَحَ أمًّا وابنتها معًا، فَنِكَاحُهُمَا بَاطِلٌ، وإن نَكَحَ إحداهما بعد الأخرى ـ فنكاحُ الثَّانية باطل.

وإن وَطِىءَ الثَّانية جاهلاً حرمت الأُولَىٰ عليه على التَّأبيد.

وهل يجوزُ نكاحُ الثَّانِيَةِ؟ نُظِرَ؛ إن كان بعد الدُّخُولِ بِمَنْكُوحَتِهِ ـ لا يحلُّ أبدًا، وإن كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بها ـ نظر؛ إن كانت المنكوحةُ هِيَ الْبِنْتُ فلا تحلُّ؛ لأن الأمَّ حرمت بِالعَقْدِ على البنتِ، وإن كانت الْمَنْكُوحَةُ هي الأمَّ يجوز له نِكَاحُ الثَّانية.

فَصْلٌ فِي الجَمْعِ بِمِلْكِ اليَمِينِ

سُئِلَ عُثْمَانُ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ عَنِ الأُخْتَيْنِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ، هَلْ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا[2]؟

قال: أَمَّا أَنَا فَلَا أُحِبُّ أَنْ أَصْنَعَ ذَلِكَ.

وقالَ عَلِيٌّ ـ رضي الله عنه ـ: لَوْ كَانَ إِلَيَّ مِنَ الأَمْرِ شَيْءٌ، ثُمَّ وَجَدْتُ أَحَدًا فَعَلَ ذَلِكَ ـ جَعَلْتُهُ نَكَالاً[3].

كُلُّ امرأتين لا يجوزُ الجمعُ بينهما بِعَقْدِ نِكَاحٍ، فإذا اشْتَرَاهُمَا رجلٌ يَصِحُّ العقدُ؛ لأنه ليس المقصودُ منه الاستمتاعَ؛ بدليل أنه يَجُوزُ أن يَشْتَرِيَ مَنْ لا يحلُّ له وَطْؤُهَا، ولكن لا

---

(١) في أ: بالتحريم.

(٢) أخرجه مالك (٢/٥٣٨) كتاب النكاح: باب ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين، حديث (٣٤) والبيهقي (٧/١٦٣ ـ ١٦٤) كتاب النكاح: باب ما جاء في تحريم الجمع بين الأختين.

(٣) ينظر التخريج السابق.

يجوزُ أن يَجْمَعَ بينهما وَطْئًا؛ لأن الْوَطْءَ في مِلْكِ اليمين بمنزلة عَقْدِ النِّكَاحِ.

فلو اشْتَرَىٰ أمةً وابنتها، فَوَطِيءَ إحداهما ـ حُرِّمَتِ الأُخْرَىٰ على التَّأبيد.

فلو وطيء الأخرى بعده ـ نظر؛ إن كان جاهلاً بالتَّحريم حُرِّمَتَا على التَّأْبِيدِ، وإن كَانَ عالمًا، فهل عليه الحدُّ بوطءِ الثانية؟ ـ فيه قولان:

فإن قلنا: لاَ حَدَّ عليه، حُرِّمَتَا عليه.

وإن قلنا: يَجِبُ الحدُّ. فلا تحرمُ الأولى عليه.

ولو اشْتَرَىٰ أُخْتَيْنِ، أو جاريةً وَعَمَّتَهَا، أو خالتها، فإذا وطِيءَ إحداهما، فلا يجوزُ له وَطْءُ الأُخْرَىٰ ما لم ـ يحرم الموطوءة على نفسه، فإذا حَرَّمَهَا بِبَيْعٍ، أو هبةٍ، أو تسليمٍ، أو إعْتَاقٍ، أو تَزْوِيجٍ، أو كِتَابَةٍ، أو باع بَعْضَهَا ـ جاز له وَطْءُ الأخرى.

قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: بِالتَّزْوِيجِ وَالْكِتَابَةِ لا يحلُّ له وَطْءُ الأخرى، ولو كانت إحدى الأختيْن مَجُوسِيَّةً، أو أختُه مِنَ الرَّضَاعِ، فَوَطِئَهَا بالشُّبهة ـ جَازَ له وَطْءُ الأُخْرَى؛ لأن تَحْرِيمَ هذه مُؤَبَّدَةٌ، والمجوسية يقرُّ عليه، بخلاف الْمُرْتَدَّةِ.

فلو حرمت الموطوءة، أو وُطِئَتْ بالشُّبهة حتى لَزِمَتْهَا العدةُ، أو ارتدَّت ـ لا تحلُّ له الأخرى.

ولو بَاعَ الموطوءةَ، ثم رُدَّتْ عليه بِعَيْبٍ، أو اسْتَغَلَّهَا أو كَاتَبَهَا، ثم عجزت، أو وَهَبَهَا من ابنه، ثم استرجعها ـ لا يحلُّ له وَطْءُ الأُخْرَىٰ قبل الاستبراءِ.

فإذا استبرأها نظر؛ إن لم يكن وَطِيءَ الثَّانِيَةَ بعد تَحْرِيمِ الأولى، فله أن يَطَأَ أَيَّتَهُمَا شَاءِ، ثم لاَ يَطَأُ الأُخرَىٰ.

وإن كان قد وَطِئَهَا لم يكن له وَطْءُ هذه التي عَادَتْ إليه ما لم تحرم الأخرى على نَفْسِهِ.

فلو أنه وَطِيءَ إحداهما ثم وَطِيءَ الأُخرَىٰ قبل تَحْرِيمِ الأولى على نفسه ـ لاَ حَدَّ عليه لِشُبْهَةِ الملك، ولا يجوزُ له أن يعودَ إلى وَطْءِ الثانية حتى تحرم الأولى على نفسه، وله أن يَسْتَخْدِمَهَا.

ويجوزُ لَهُ وَطْءُ الأُولَىٰ، غير أن الْمُسْتَحَبَّ ألاَّ يَطَأَهَا حتى يستبرىءَ الثَّانية.

ولو مَلَكَ عبدًا مع ثَلاَثِ أَخَوَاتٍ متفرقات ـ يجوزُ له الجمعُ في الْوَطْءِ بين أخته من أَبِيهِ، وبين أخته من أمه؛ لأنهما أَجْنَبِيَّانِ، ولا يجوزُ أن يَجْمَعَ بين واحدةٍ منهما مع الَّتِي هي لأَبٍ وأُمٍّ.

ولو اشترى أَمَةً، ثم نَكَحَ أُخْتَهَا أو عمتها أو خالتهات ـ يجوز، وإن كان بعد وَطْءِ

الأمةِ، ثم لا يجوز له الوطءُ بِمِلْكِ اليمينِ بعده، وإن تقدم مِلْكُ اليمين على مِلْكِ النِّكَاحِ؛ لأن ملكَ النِّكَاحِ يرادُ لِلْوَطْءِ؛ بِدليل أنه لا يجوزُ أن يَنْكِحَ مَنْ لا يحل له وَطْؤُهَا، فيقدم الوطءُ فيه على مِلْكِ اليمينِ.

بَابُ الزِّنَا لاَ يُحَرِّمُ الحَلاَلَ

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

إذا وَطِىءَ امرأةً بملكِ النِّكَاحِ، أو بملكِ اليمين ـ ثبتت المصاهرةُ[١]، وهو أنه تحرم على الْوَاطِىءِ أمُّ الموطوءةِ، وابنتها، وتحرم الموطوءةُ على أَبِ الْوَاطِىءِ، وابنه.

ولا يتعلَّق بِوَطْءِ النِّكَاحِ إلاَّ تحريمُ الرَّبِيبَةِ؛ لأن سَائِرَ المحرماتِ تثبت بِنَفْسِ الْعَقْدِ، ويتعلق الكلُّ بِالْوَطْءِ بملك الْيَمِينِ.

---

(١) لا خلاف بين الفقهاء على أن حرمة المصاهرة تثبت بالعقد الصحيح وبالوطء الحلال بملك اليمين وبالوطء في النكاح الفاسد وبعبارة أخرى بكل وطء لا حد فيه. واختلفوا في ثبوتها بغير ذلك والخلاف في هذا فرع الخلاف في معنى النكاح لغة.

فقال أبو حنيفة إنها تثبت بالزنا والمسّ بشهوة ولو من أحدهما والنظر إلى فرج المرأة الداخل بشهوة ولا تثبت بالنظر إلى ما سوى الفرج بشهوة ولا بمسّ لا عن شهوة ويقول الحنفية قال مالك في رواية أحمد وهو قول عمر وعمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وعائشة وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين وذهب الإمام الشافعي إلى عدم ثبوتها مسند لا بما يأتي:

أولاً: بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ سئل عن الرجل يتبع المرأة حراماً أينكح أمها، أو يتبع الأم حراماً أينكح ابنتها فقال (عليه الصلاة والسلام): «لاَ يُحَرِّم الحَرَامُ الحَلاَلَ إِنَّمَا يُحَرِّمُ مَا كَانَ نِكَاحًا حَلاَلاً». والتحريم بالزنا تحريم للحلال بالحرام.

ثانياً: إن حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور والزنا محظور. أما الصغرى فلأنها تلحق الأجنبيات بالمحارم وتصير الأجنبية قريبة. وأما الكبرى فلأنه لا مناسبة بين الحكم الذي حرمه المصاهرة وسببه هو الزنا أو المناسب للحظر النقمة لا النعمة. ألا ترى أنه لا يثبت النسب والعدة فكذا حرمة المصاهرة.

ثالثاً: إن الزنا لو كان مؤثراً لحلل المزني بها للمطلق ثلاثاً والثاني باطل فما أدى إليه من كون الزنا مؤثراً باطل فثبت المطلوب ونحن بعد أن نناقش هذه الأدلة سنذكر أدلة الحنفية. أما الحديث فإنه قد طعن فيه بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله «الإمام أحمد» وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة فالتمسك به أوهى من التمسك بخيط العنكبوت.

على أن هذا الحديث إن صح فهو متروك العمل بظاهره بدليل أن وطء أمة الابن ووطء الحائض والنفساء حرام مع أنه يوجب حرمة المصاهرة اتفاقاً فقد حرم الحرام الحلال.

وأما قولهم إن حرمة المصاهرة نعمة فهو ممنوع لأننا نقول له ما مرادك بالنعمة؟ مجرد الحرمة فقط أم مجموع الحرمة والمصاهرة فإن كان الأول منعناه فإن الحرمة من حيث هي ليست بنعمة لأنها تضييق =

وكذلك إذا وَطِئَ امرأةً بشبهةِ [مِلْكِ][1] النّكاحِ، أو بملك يمينٍ، أو وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ المشتركةَ بينه وبين غيره ـ تتعلّق به هَذِهِ المحرماتُ.

ولو نَكَحَ مشركٌ امرأةً على اعتقادهم، هل تَثْبُتُ حرمةُ الْمُصَاهَرَةِ بالعقدِ؟

فيه وَجْهَانِ: فإن قلنا: أَنْكِحَةُ الْمُشْرِكِينَ يحكمُ لها بِالصِّحَّةِ ـ ثَبَتَ وهو الأصحُّ، وإلاَّ فلا يثبت ما لم يوجد الْوَطْءُ، والوطءُ بملكِ النّكَاحِ وملك اليمين، كما يثبت الحرمة يثبت المحرمية، حتى يَجُوزَ لِلْوَاطِىءِ أن يَخْلُوا بأمِّ الموطوءةِ وابنتها، ويسافر بهما، [ويجوز][2] لأَبِي الْوَاطِىءِ وابنه الْخُلْوَةُ بالمَوْطُوءَةِ، وَالْمُسَافَرَةُ بِهَا.

فأما وَطْءُ الشُّبْهَةِ هل يثبتُ المحرمية؟ فيه وَجْهَان:

أحدهما: يثبت، كما يثبت الحرمة والنسب.

والثاني: لا يثبت، وهو الأصحُّ؛ قاله في «الإملاء»؛ لأن ثُبُوتَ الْحُرْمَةِ فيه بسببٍ غَيْرِ مُبَاحٍ.

= ولذلك اتسع الحل لرسول الله (ﷺ) وإن كان الثاني فنقول: إن المرتب على الزنا هو الحرمة فقط ونمنع حصول المصاهرة في هذه الصورة.

فالصهر زوج البنت لا من زنا بابنة الإنسان وكيف يقال بثبوت المصاهرة في هذه الحالة مع انتفاء فائدتها. وهي التعاضد والتناصر والتعارف لأن الإنسان ينفر ممن زنا بابنته بل يعاديه ويكرهه.

وأما قولهم إن الزنا لو كان مؤثراً لحلل المزني بها للمطلق ثلاثاً فهو مردود بأن شرط التحليل هو وطء الزوج بالنص والزاني ليس بزوج ولهذا فإن وطء المولى لا يحلل الأمة لزوجها مع أنها تثبت به حرمة المصاهرة اتفاقاً.

واستدل الحنفية بما يأتي:

أولاً: بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ والنكاح هو الوطء حقيقة، ولذا حرم على الابن ما وطىء أبوه بملك اليمين أو هو مجاز فيه فيجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيْلاً﴾.

وإنما الفاحشة الوطء لا نفس العقد.

ثانياً: بقوله (عليه الصلاة والسلام): «مَلْعُونٌ مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْنَتِهَا». وبقوله (عليه السلام): «مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُمُّهَا وَلاَ ابْنَتِهَا» إلى غير ذلك من الأحاديث.

ثالثاً: بالقياس وهو إن الزنا وطء هو سبب للولد فيتعلق به التحريم. قياساً على الوطء الحلال بجامع أن كلاً منهما وطىء بنسب عنه الولد بناءً على إلغاء وصف الحل في المناط، والدليل على إلغائه شرعاً هو أن وطء الأمة المشركة وأمة الابن والحائض والنفساء حرام مع أنه ثبتت به حرمة المصاهرة فعلم أن المعتبر في الأصل هو مجرد الوطء من غير نظر إلى كونه حلالاً أو حراماً. ينظر نص كلام شيخنا محمد الشندي في المحرمات من النساء.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وتجب.

إذا زَنَا بامرأةٍ لا تثبتُ به حرمةُ المصاهرةَ، حتى يَجُوزَ للزَّاني أن يَنْكِحَ أُمَّ المزنيِّ بها وابنتها[١]، ويجوز لأب الزَّاني وابنه ـ نكاح المُزنيِّ بها؛ لأن ثُبُوتَ حرمةِ المصاهرة نِعْمَةٌ من الله ـ تعالى ـ فلا يثبت بالزِّنَا؛ كما لا يثبتُ به النَّسَبُ، وكما لا تحرمُ المزنى بها بِوُجُوبِ العِدَّةِ على سائر النَّاسِ؛ وهو قولُ أكثرِ أَهْلِ الْعِلْمِ.

وقال الثَّوري، وأبو حنيفة: تثبت بِالزِّنَا حرمةُ المصاهرة.

وإن كان أحدُهما زَانِيًا دون الثَّانِي، ففيه وَجْهَانِ:

---

(١) اختلف الفقهاء في البنت من الزنا، هل تحرم على أبيها أو لا تحرم.

فذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة: مالك، وأبو حنيفة، وأحمد، إلى القول بأنه يحرم على الرجل أن يتزوج ابنته المتخلقة من مائه. وقالوا: إن نكاح البنت من الزنا من الأنكحة الفاسدة، لأنهم يشترطون في صحة النكاح أن لا تكون المرأة متخلقة من ماء الزوج، مع قطع النظر عن كونها من نكاح أو زنا.

وذهب الشافعية إلى القول بأن بنت الزنا لا تحرم على أبيها، وإنه إذا عقد عليها كان النكاح صحيحاً. وإن قالوا بكراهة نكاحها للخروج من الخلاف.

قال ابن شهاب الدين الرملي: والمخلوقة من ماء زناه تحل له لأنها أجنبية عنه، إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من أحكام النسب، وأخبره صادق كعيسى (ﷺ) وقت نزوله بأنها من مائه، لأن الشرع قطع نسبها عنه، فلا نظر لكونها من ماء نكاح. نعم يكره له نكاحها خروجاً من الخلاف.

استدل الشافعية بما يأتي: .

أولا: قالوا إن بنت الزنا أجنبية عن الزاني، إذ لو كانت بنتاً للزاني ثبت لها الميراث، وغيره من أحكام النسب، من ثبوت الولاية له عليها ووجوب حضانتها ونفقتها، فلما لم يثبت شيء من ذلك علمنا انتفاء البنتية، وأنها أجنبية فلا تدخل في آية التحريم، وتبقى داخلة في قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾.

ثانياً: تمسكوا بقول النبي (ﷺ): «الولد للفارش، وللعاهر الحجر»، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي (ﷺ) أخبر أن الولد للفراش، وهذا يقتضي حصر النسب في الفراش، فلو كانت بنت الزنا بنتاً للزاني، لبطل الحصر. وهو منتفٍ لوقوعه في خبر الرسول (ﷺ).

وقد نوقش دليل الشافعية الأول، بأن قولكم: إن بنت الزنا أجنبية عن الزاني غير صحيح، فإنها مخلوقة من مائة، فهي كالبنت من النكاح؛ إذ لا معنى لكونها ابنته إلا لأنها مخلوقة من مائه. وقولكم: لو كانت ابنته لثبت لها الميراث وغيره لا يفيد، فإن تخلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً له.

ومما يؤيد ذلك أنه إذا كان ولده كافراً لا يرثه، ومع ذلك لا يمكن أن يقال إنه أجنبي عنه، فكذلك الحال في البنت من الزنا. ويقال لهم في الدليل الثاني: إن قولكم: إن الحديث يقتضي حصر النسب في الفراش مسلم، ولكن نقول لكم: إن النسب الذي اقتضى الحديث حصره في الفراش هو النسب الشرعي الذي تترتب عليه أحكام الشرع من التوارث وغيره. وهذا لا يدل على نفي النسب الحقيقي في غير الفراش. يؤيد ذلك أنه يحرم على الرجل أن يتزوج ابنته من الرضاعة، ومع ذلك فهي ليست من الفراش في شيء. =

أحدهما: وهو الأصحُ: الاعتبار بالرجل، وإن كان الرجلُ جاهلاً وهي عالمة ـ تثبت حرمةُ المصاهرة؛ كما يثبت النسب، ولا تجب[1] الْعِدَّةُ، ولا يجبُ لها المهرُ.

وإن كان الرجلُ عالمًا وهي جَاهِلَةٌ، أو نائمة، أو مكرهة ـ فلا تثبت حُرْمَةُ المصاهرةِ؛ كما لا يثبت النسبُ، ولا تجبُ العدةُ، ويجب المهرُ.

والوجه الثاني: في أيهما كانت الشُّبهة حرمةُ المصاهرةِ، وكذلك العاقلةُ البالغةُ إذا مَكّنَتْ مجنونًا أو مراهقًا.

ولو أَتَىٰ امْرَأَتَهُ في دُبُرِهَا، أو أجنبيةً بالشُّبهة ـ ثبتت حرمةُ المصاهرة؛ كما لو أَتَاهَا فِي الْقُبُلِ، ويثبت به النَّسَبُ، وتجب العدة.

ولو قَبَّلَ امرأةً، وَلَمَسَهَا بِشَهْوَةٍ، أو فَاخَذَهَا في موضعِ الشُّبهة ـ هل تثبتُ به حرمةُ المصاهرة؟

وفي الزَّوجية، هل تحرمُ الربيبة؟ فيه قولان:

أصحهما ـ وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلم: تثبت؛ لأنه استمتاعٌ يُوجِبُ الْفِدْيَةَ على المحرمِ كالوَطْءِ.

= وأما الجمهور فقد استدلُّوا على حرمة نكاح البنت من الزنا بالكتاب، والمعقول. أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ...﴾ الآية، ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أنها نصّت على تحريم كل بنت مضافة إلى المخاطبين. ومما لا شك فيه أن بنت الزنا بنته، لأنها أنثى مخلوقة من مائه. وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة. ومما يدل على ذلك قوله (ﷺ) في شأن امرأة هلال بن أمية: «انظروه» يعني ولدها «فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك ابن سمحاء» يعني الزاني.

وأما المعقول فقد قالوا: إن هذه البنت مخلوقة من مائه فهي بضعة منه فلا تحل له، كما لا تحل له ابنته من النكاح.

والذي يتبين لنا بعد بيان الأدلة ومناقشة أدلة الشافعية أن مذهب الجمهور هو المذهب الراجح الذي يجب المصير إليه نزولاً على موجب الأدلة، لا سيما أننا نجد الشريعة الإسلامية تحرم البنت من الرضاع، وذلك تحاشياً عن أن يستفرش الإنسان نفسه، ويستمتع بجزئه. والمعنى الذي أوجب الشارع به تحريم البنت من الرضاع موجود في البنت من الزنا، بل الظاهر أن البنت من الزنا أولى بالتحريم من البنت بالرضاع، وذلك لأن حقيقة الجزئية ثابتة فيها قطعاً لأنها مخلوقة من مائه. أما البنت من الرضاع فإنها حرمت لشبهة الجزئية. فإذا ثبت التحريم مع شبهة الجزئية فثبوته مع الجزئية المحققة أولى خصوصاً أن الشافعية قد وافقوا غيرهم في القول بأنه يحرم على المرأة أن تتزوج بولدها من الزنا. وعلّلوا ذلك بأنه بعضها وانفصل منها إنساناً، بخلاف البنت من الزنا لأنها انفصلت منه منياً. فإن تعليلهم هذا لا يفيدهم سوى أن البضعية في ابن المرأة من الزنا أظهر منها في البنت من الزنا، ولكنه لا يفيد نفي البضعية عن البنت من الزنا فقد اعترفوا بأنها مخلوقة من مائه. فإنكار وجود الجزئية في مسألة دون مسألة لا يصح. ينظر شرح نهاية المحتاج على المنهاج (٦/ ٢٦٦).

(١) في أ: وتجب.

والثاني: لاَ تَثْبُتُ؛ لأنه لا يوجبُ الْعِدَّةَ؛ كَاللَّمْسِ بغير الشَّهوة، أو بالنَّظر بِالشَّهْوَةِ.
فأما إذا لمس أجنبيةً بِالشَّهْوَةِ، أو فَاخَذَهَا عالمًا - فلا تثبت كَالزِّنَا.

فإن قلنا: تثبت، فلو قَبَّلَتِ امْرَأَةٌ ٱبْنَ زَوْجِهَا بالشَّهوة عالمةً وهو جاهلٌ - يرتفع النكاحُ بينها وبين زَوْجِهَا.

وإن كان الابنُ عالمًا وهي جاهلة - لا يرتفعُ على أَصَحِّ الوجهين.

ولو نَظَرَ إلى امرأة بِالشَّهْوَةِ - لا تثبتُ الحرمةُ، وسواء نظر إلى وَجْهِهَا، أو إلى فَرْجِهَا.
قال أبو حنيفة، والثوري: إن نظر إلى فَرْجِهَا تَثْبُتُ.

ولو تَلَوَّطَ بِغُلامٍ لا تحرم على الفاعل ابْنَتُهُ.

وقال الأوزاعي، **وأحمد**: **تَثْبُتُ**[1].
ولو اسْتَدْخَلَتْ امرأةٌ مَنِيَّ زوجها، أو مَنِيَّ أجنبيٍّ بالشُّبهة - يثبتُ به النَّسَبُ، وحرمةُ الْمُصَاهَرَةِ، وتجبُ العدةَ، ولا يحصلُ به الإحصانُ، والتحلُّل.

وفي تقريرِ المهرِ ووجوبه للمفوضة، وفي وَطْءِ الشُّبْهَةِ، ووجوب الغسل، وثبوت الرَّجْعَةِ في الزوجة - وجهان، سواء أَنْزَلَ الزوجُ باحتلامٍ، أو اسْتِمْنَاءٍ:

أصحهما: لا تثبتُ.
وفي الأجنبيِّ إن كان أنزل بِزِنًا لا يثبتُ النَّسَبُ.

وإن استدخلت ماءَ زَوْجِهَا، ولكن الزوجَ أَنْزَلَهُ بزنا - قيل: لا يثبتُ به النَّسَبُ، ولا المصاهرةُ؛ ولا تجب العدةُ، ولا يجبُ المهرُ.

قال الشيخ: وجب أن يثبت؛ كما لو وَطِىءَ زَوْجَتَهُ على اعتقادِ أنه يَزْنِي بِأَجْنَبِيَّةٍ. ولو زنا بِامرأةٍ، فأتت منه بِوَلَدٍ - فلا يثبت به النسب وَلاَ شَيْءٌ من أحكامه، حتى لو أتت منه بِبِنْتٍ يجوز للزَّانِي أن يَنكِحَهَا، والورع ألاَّ يفعل.

وقال أبو حنيفة: [يجوز][2] أن يَنكِحَهَا.
قال بعضُ أصحابنا: إن تحقق أنها من مَائِهِ - لا يجوزُ أن يَنكِحَهَا.

---

(١) في أ: تحرم.
(٢) في أ: لا يجوز.

بَابُ نِكَاحِ حَرَائِرِ أَهْلِ الكِتَابِ وَإِمَائِهِمْ وَإِمَاءِ المُسْلِمِينَ

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥].

الكفارُ على ثلاثةِ أَقْسَامٍ: قسمهم لهم كِتَابٌ، وقسم لهم شُبْهَةُ كِتَابٍ، وقسم لا كِتَابَ لهم.

فأما الذين لهم كتاب: فهم اليهودُ والنَّصَارَىٰ، فمن كان منهم من نَسْلِ بني إسرائيل يُقَرُّونَ بالجزية، ويحلُّ له نكاح حَرَائِرِهِمْ، وأكل ذَبَائِحِمْ؛ لأن الكتابَ أُنْزِلَ في آبَائِهِمْ.

فأما مَنْ دَخَلَ في دينهم من غير نَسْلِهِمْ ـ نظر؛ إن دخلوا في دينهم قبل التَّبديل والنَّسْخ ـ يقَرُّ أولادُهم الذين جَاءُوا من بعد بِالْجِزْيَةِ، وهل يحلُّ نكاحُ حرائرهم، وأكلُ ذَبَائِحِهِمْ؟

فيه قولان: أحدهما ـ وهو الصحيحُ من المذهبِ: يحلُّ؛ كما يَقَرُّونَ بالجزيةِ.

والثاني: لا يحلُّ اعتبارًا بِالنَّسَبِ، وقرَّرناهم بِالْجِزْيَةِ تغليبًا للحقن.

والأولُ المذهبُ؛ لأن كُلَّ من دَخَلَ في دِينٍ في وقت كان حقًّا، فتثبت له حُرْمَةُ أهله؛ كمن دَخَلَ اليومَ في الإسلامِ.

وإن دخلوا في دينهم بعد التَّبْدِيلِ ـ نظر؛ إن دَخَلُوا في دين قوم لم يبدل ـ كان كَمَنْ دَخَلَ قَبْلَ التَّبْدِيلِ، وإن دخلوا في دين المبدلين، أو دخلوا فيه بعد النَّسْخِ ـ فلا فضيلةَ لهم، ولا يقرُّون بالجزيةِ، ولا يحلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، ولا ذَبِيحَتُهُمْ؛ لأن تِلْكَ الحرمة قد سَقَطَتْ بِالتَّبْدِيلِ؛ كما بالنسخ.

أما هم أنفسهم: فإن بَدَّلُوا بقيت لهم تلك الحرمةُ؛ لأنهم من أولاد مَنْ ثبتت لهم تِلْـكَ الْفَضَائِلُ، [وهؤلاءِ ليسوا من أولادِ مَنْ ثبتت لهم تلك الْفَضَائِلُ][1].

ومن شَكَكْنَا أنهم دَخَلُوا في دينهم قبل التَّبديل أو بعده، فإنهم يُقَرُّونَ بالجزيةِ تغليبًا للحقن، ولا يحلُّ مناكحتُهم وذبيحتُهم تغليبًا للحرمة؛ كما حَكَمَ الصَّحابةُ في نَصَارَىٰ الْعَرَبِ.

أما الصَّابِئُونَ من النَّصَارَىٰ، وَالسَّامِرَةُ من اليهود ـ يقرُّون بالجزية، وهل يحلُّ نكاحُ حَرَائِرِهِمْ، وأكلُ ذبيحتهم[2]؟

---

(١) سقط في أ.

(٢) الصابئي لغة: قيل إن هذا لفظ ليس بعربي وقيل إنه عربي. وعلى الأخير اختلف فيه. فقيل إنه من صبا =

نظر إن كانوا يُخَالِفُونَ اليهودَ والنَّصَارَىٰ في أَصْلِ دِينِهِمْ ـ فلا يحل؛ كالمجوس.

= معتلاً بمعنى مال. وسمي الصابىء به لخروجه عن الدين الحق إلى الدين الباطل. وقيل إنه من صبأ المهموز إذا خرج ومنه صبأت النجوم من مطالعها إذا خرجت. ومن هنا سمت العرب كل من خرج عن دينه إلى غيره صابئاً.

اضطربت أقوال العلماء فيه، فأقربها ما حكاه الإمام «الجصاص» وتفسيره أحكام القرآن قال: «الصَّابئون الذين يعرفون بهذا الاسم في هذا الوقت ليس فيهم أهل كتاب وانتحالهم في الأصل واحد أعني الذين بحران والذين بناحية البطائح سواد واسط وأصل اعتقادهم تعظيم الكواكب السبعة وعبادتها واتخاذها آلهة وهم عبدة أوثان في الأصل إلا أنه منذ ظهر الفرس على إقليم العراق وأزالوا مملكة الصابئين وكانوا نبطاً لم يجسروا على عبادة الأوثان ظاهراً لأنهم منعوهم من ذلك. كذلك الروم وأهل الشام والجزيرة كانوا صابئين فلما تنصَّر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول في النصرانية فبطلت عبادة الأوثان من ذلك الوقت ودخلوا في غمار النصارى في الظاهر. وبقي كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان. فلما ظهر الإسلام دخلوا في جملة النصارى، ولم يميز المسلمون بينهم وبين النصارى إذ كانوا كاتمين لاعتقادهم مستخفين بعبادة الأوثان.

ومن الكلام السابق نلمح أن هذه الفرقة أصلها عبدة أوثان ثم كتمت وثنيتها تقبه أظهرت التمسك بالنصرانية خوفًا من القتل واضطرت لذلك إبقاء على نفسها.

وقد وردت عن السلف أقوال أخرى في مذهبهم نورد أهمها فروي عن مجاهد وعطاء أنهم قوم لا دين لهم.

وعن قتادة والحسن أنهم قوم يعبدون الملائكة. وعن جماعة آخرين أنهم قوم يعبدون الكواكب. وانقسم هؤلاء إلى فريقين فريق يقول إن خالق العالم هو الله سبحانه وتعالى إلا أنه أمر بتعظيم هذه الكواكب واتخاذها قبلة للدعاء. وفريق آخر قال بأن الله سبحانه هو الخالق لهذه الكواكب وهي مع ذلك المدبرة لما في العالم من خير وشر وصحة ومرض بل إنها الخالقة لها فوجب مع البشر لهذا تعظيمها.

وقال قوم: إن الصائبة جماعة تعصبوا للروحانيات واتخذوها واسطة ولما لم يتيسر لهم التقرب بأعيانها. والتلقي منها بذواتها فزعوا إلى هياكلها. وترك جماعة منهم الهياكل وتقربوا إلى الأشخاص.

فمن هنا كانت الفرقة الأولى عبدة كواكب والثانية عبدة أصنام. وقال السدي وجماعة: الصائبة طائفة من أهل الكتاب تلك أشهر أقوال السلف في الصائبة بتدبرها يمكن القول بأن من ذهب إلى أنهم قوم لا دين لهم قد يكون مستندة في ذلك. كون الصائبة لم يثبتوا على عقيدة واحدة. وملة منفردة بل تقلبوا في الدين مع الأهواء. وخضعوا الظروف فأشبهوا المرتدين والمرتد لا دين له ـ ومن قال إنهم عبدة كواكب أو ملائكة أو تعصبوا للروحانيات. إن أراد أنهم عبدوها حقيقة فهم مشركون على الأقوال الثلاثة. وإن أراد أنهم تقربوا بها إلى خالقهم فهم ليسوا بمشركين.

ولقد وجدت بالبحث في فرق الصائبة أن منهم فرقة تقربت وأخرى عبدت. ومَنْ حَدَّد مذهبهم بأحد الرأيين لعله عرف أمر فرقة وخفي عليه أمور أخرى.

أما من قال إن الصائبة جماعة تقربت بالأشخاص والأصنام ونفتهم بأنهم عبدة أصنام فقول إنما يمكن أن صدق على فرقة ثالثة منهم اتخذوا أصنامهم على صور الهياكل السبعة وجعلوها قبلة لعبادتهم. ويحتمل أن يكون القائل إنهم أهل كتاب يبني رأيه على ما ظهر لهم من دخولهم في النصرانية خيفة البطش بهم مع كتمانهم مذهبهم الأصلي. =

= ثم إذا ما رجعنا إلى أرباب الملل والنحل نجد أبا الفتح الشهرستاني يقول في كتابه الملل والنحل في بحث الصائبة أن مدار مذهب الصائبة عن التعصب للروحانيات كما أن مدار مذهب الحنفاء على التعصب للبشر الجسمانيين» ولعله يعني بذلك أنه أصل مذهبهم الذي امتازوا به أولاً وحفظوه في صدورهم.

هذا ومن العسير جدًا تتبع أطوار مذهب هذه الطائفة لفقدان بعض حلقاتها في بعض الأزمنة والعصور التي مرت عليهم. الأمر الذي يجعل الباحث يركب متن الظن والاحتمال لعدم تمكن من القطع - ثم إذا ما تصفحنا كتب المذاهب الفقهية لنتعرف منها أقوال الفقهاء في الصائبة نجد أن الإمام أبا حنيفة يرى أنهم قوم من النصارى يقرؤون الزبور ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين للكعبة. لكنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم. وأما المالكية وأبو يوسف ومحمد ابن الحنيفة فذهبوا إلى أنهم عبدة أوثان. والشافعية فصلوا فيهم تفصيلاً حاصله - أنهم إن وافقوا النصارى في أصل الاعتقاد وخالفوهم في الفروع فهم منهم. وإن خالفوهم في الاعتقاد ووافقوهم في الفروع أو شُكَّ في ذلك فليسوا منهم - وفي رواية عن الشافعي أنه توقف فيهم. ولم يقطع برأي لأنه رأى أن مذهبهم مشتبه فعلّق القرار فيهم - والحنابلة لهم فيهم قولان - قول كأبي حنيفة. وآخر مفصّل كتفصيل الشافعية.

وقد انبنى على الخلاف السابق بين الفقهاء في مذهب الصائبة اختلافهم في مسألتنا.

حكم تزوج المسلم بالصائبة:

مذهب الإمام أبو حنيفة - والحنابلة - في أحد قولهم إلى جواز مناكحتهم متى كانوا يؤمنون بني ويقرون بكتاب - وذهب الصاحبان من الحنفية والمالكية إلى عدم جواز ذلك. أما الشافعية والحنابلة في قولهم الآخر فذهبوا إلى التفصيل فيهم فإن كانوا يوافقون أهل الكتاب في أصل دينهم ويخالفونهم في الفروع فهم منهم تحل مناكحتهم - وإن كانوا يخالفونهم في أصل الدين فلا تحل.

تمسك من قال بالحل: بأن الصائبة كأهل الكتاب إلا أنهم خالفوهم في بعض الفروع فلا يكون ذلك مانعًا لهم من أخذهم حكمهم في حل نسائهم. ولا تكون مخالفتهم مخرجة لهم من دائرتهم. فهم أشبه بأهل البدع من المسلمين لم تكن بدعتهم مانعة لهم من صدق الإسلام عليهم واعتبارهم مسلمين.

وتمسك القائل بالتحريم:

بأنهم كالمشركين في عبادتهم الأصنام فتحرم نساؤهم لأن المشركات محرمات بالنص.

واحتج المفصلون: بأن الصائبة إذا خالفوا أهل الكتاب في الاعتقاد كانوا مشركين لتوحيد أهل الكتاب دونهم فتحرم نساؤهم كالمشركين. وأما إن خالفوهم في الفروع دون الاعتقاد فلا يضر ذلك في أخذهم حكم أهل الكتاب في حل النساء. إذ مخالفتهم غير معتبرة في حق حكم التزوج فإن شك في أمرهم غلب جانب الحرمة على جانب الحل فتحرم نساؤهم احتياطًا في حق الأبضاع.

وقد أجيب عن دليل القائلين بالتحريم.

بأن الصائبة ما عظموا الكواكب واستقبلوها في دعائهم وعبادتهم تعظيم عبادة لها. ولكن تعظيم احترام وإجلال. وليس هذا بمدخلهم في الشرك. ومثلهم في ذلك المسلمون في تعظيم الكعبة والاستقبال إليها عند الدعاء لم يكن ذلك بمخرجهم عن دائرة الإسلام.

هذا: ويظهر لي أن اختلاف الفقهاء ليس باختلاف حقيقي إذ يمكن أن نقول: إن الإمام أبا حنيفة قال بحل تزوج النساء الصائبات بناء على ما ظهر من حال فرقة وقف على أمرها كانت تقطن العراق - أما الفقهاء القائلون بالتحريم فيمكن أن يقال إنهم ذهبوا إلى ذلك بناء على ما اطلعوا عليه من أمر فرقة أخرى =

وإن كانوا يُوَافِقُونَهُمْ في أَصْلِ الدِّينِ، وَيُخَالِفُونَ في الفروع - فيحل.

ونعني بأهل الْكِتَابِ أهلَ التَّوراة والإنجيل. أما مَنْ تَمَسَّكَ بكتبٍ أُنزلت على سائر الأنبياء - صلوات الله عليهم - مثل: صحف شيث، وزبور داود - فلا يقرون بالجزية، ولا يحلُّ مناكحتهم وذبيحتهم.

واختلفوا في تعليله: فمنهم من قال: لأنه لم يَكُنْ في تِلْكَ الكتبِ أحكام، وإنما كانت مَوَاعِظُ وقصصًا.

والأحكامُ في هذه الْكُتُبِ الثَّلاثة: التوراةُ، والإنجيل، والفرقان، فاختصَّ الْقُرْآنُ مِنْ بينهما بالإعجاز.

ومنهم من قَالَ: إن تلك الصُّحُفَ لم تَكُنْ مِنْ كَلَامِ الله - تعالى - بل كانت وحيًا؛ كما قَالَ النَّبِيُّ - ﷺ -: «أَتَانِي جِبْرِيلُ، فَأَمَرَنِي أَنْ آمُرَ أَصْحَابِي؛ أَنْ يَرْفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ بِالتَّلْبِيَةِ»[1].

= توافق عبدة الأوثان. وقد يجوز أن يكون نقل إليهم شيء عن حالهم حكموا بناء عليه - ولا يبعد أن تلك الطائفة التي نقلت إليهم أو اطلعوا عليها أن تكون خلاف الطائفة التي عرفها الإمام أبو حنيفة.

ولو أنهم اطلعوا على طائفة واحدة لاتفق حكمهم في الصائبة.

ينظر نص كلام شيخنا بدران أبو العنين، وينظر البدائع ٢/ ٢٧١، والمغني لابن قدامة ٧/ ٥٠١، ومغني المحتاج ٣/ ١٨٩.

(١) أخرجه مالك (١/ ٣٣٤) كتاب الحج: باب رفع الصوت بالإهلال (٣٤) وأبو داود (٢/ ٤٠٥) كتاب المناسك: باب كيف التلبية (١٨١٤) والنسائي (٥/ ١٦٢) كتاب الحج: باب رفع الصوت بالإهلال والترمذي (٣/ ١٩١) كتاب الحج: باب ما جاء في رفع الصوت بالتلبية (٨٢٩) وابن ماجه (٢/ ٩٧٥) كتاب المناسك باب رفع الصوت بالتلبية (٢٩٢٢) وأحمد (٤/ ٥٦) والشافعي في «المسند» (١/ ٣٠٦) كتاب الحج: باب فيما يلزم المحرم عند تلبية بالإحرام (٧٩٤) والدارمي (٢/ ٣٤) كتاب الحج: باب رفع الصوت بالتلبية والحميدي (٢/ ٣٧٧) رقم (٨٥٣) والبخاري في «التاريخ الكبير» (٤/ ١٥٠) وابن خزيمة (٤/ ١٧٣) رقم (٢٦٢٥، ٢٦٢٧) وابن حبان (٦/ ٤٢) رقم (٣٧٩١) والحاكم (١/ ٤٥٠) وابن الجارود رقم (٤٣٤) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣١ - ٣٢ - بتحقيقنا) من طريق عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر عن خلاد بن السائب عن أبيه.

قال الترمذي: حسن صحيح وروى بعضهم هذا الحديث عن خلاد بن السائب عن زيد بن خالد عن النبي ﷺ ولا يصح والصحيح هو خلاد بن السائب عن أبيه وهو خلاد بن السائب بن خلاد بن سويد الأنصاري ا.هـ والذي أشار إليه الترمذي وهو حديث خلاد بن السائب عن زيد بن خالد.

أخرجه أحمد (٥/ ١٩٢) وابن ماجة (٢/ ٩٧٥) كتاب المناسك: باب رفع الصوت بالتلبية (٢٩٢٣) وابن خزيمة (٤/ ١٧٤) رقم (٢٦٢٨) والحاكم (١/ ٤٥٠) وابن حبان (٦/ ٤٣ - الإحسان) رقم (٣٧٩٢) والبيهقي (٥/ ٤٢) من طريق المطلب بن عبد الله بن حنطب عن خلاد بن السائب عن زيد بن خالد الجهني عن رسول الله ﷺ قال: أتاني جبريل فقال: يا محمد مر أصحابك فليرفعوا أصواتهم بالتلبية فإنها من شعار الحج.

=

= وصححه الحاكم.

وقال ابن حبان: سمع هذا الخبر خلاد بن السائب من أبيه ومن زيد بن خالد الجهني ولفظاهما مختلفان وهما طريقان محفوظان قال البيهقي (٥/ ٤٢): بعد أن أورد الحديثين: ورواه ابن جريج قال: كتب إلى عبد الله بن أبي بكر فذكره ولم يذكر أبا خلاد في إسناده والصحيح رواية مالك وابن عيينة عن عبد الله بن أبي بكر عن عبد الملك عن خلاد بن السائب عن أبيه عن رسول الله ﷺ.

كذلك قاله البخاري وغيره.

ورواه المطلب بن عبد الله بن حنطب عن خلاد بن السائب عن زيد بن خالد الجهني قال: جاء جبريل عليه السلام إلى رسول الله ﷺ فقال: مر بأصحابك أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية فإنها شعار الحج.

حدثنا أبو الحسن محمد بن الحسين بن داود العلوي إملاء أنبأنا أبو حامد بن الشرقي ثنا محمد بن يحيى الذهلي ثنا عبد الرزاق أنبأنا الثوري عن أبي لبيد عن المطلب بن حنطب فذكره.

وكذلك رواه شعبة عن عبد الله بن أبي لبيد إلاَّ أنه قال: قال رسول الله ﷺ: أتاني جبريل.

أخبرناه أبو عبد الله الحافظ ثنا أبو العباس الأصم ثنا العباس الدوري ثنا أبو أحمد الزبيري ثنا شعبة فذكره.

وكذلك قاله وكيع عن الثوري. ا.هـ.

وللحديث شاهد عن أبي هريرة.

أخرجه أحمد (٢/ ٣٢٥) والحاكم (١/ ٤٥٠) وابن خزيمة (٤/ ١٧٤) رقم (٢٦٣٠) والبيهقي (٥/ ٤٢) من طريق ابن وهب عن أسامة بن زيد أن محمد بن عبد الله بن عمرو بن عثمان وعبد الله بن أبي لبيد أخبراه عن المطلب بن عبد الله بن حنطب قال: سمعت أبا هريرة يقول: قال رسول الله ﷺ: أمرني جبريل برفع الصوت بالإهلال فإنه من شعار الحج.

قال الحاكم: هذه الأسانيد كلها صحيحة وليس يعلل واحد منها الآخر فإن السلف رضي الله عنهم كان يجتمع عندهم الأسانيد لمستن واحد كما يجتمع عندنا الآن.

وصححه ابن خزيمة أيضًا.

وللحديث شاهد أيضًا من حديث ابن عباس.

أخرجه أحمد (١/ ٣٢١) عنه أن رسول الله ﷺ قال: أتاني جبريل فأمرني أن أعلن بالتلبية.

وللحافظ البوصيري كلام في «زوائد ابن ماجة» حول حديث خلاد بن السائب عن زيد سنذكره.

قال رحمه الله (٣/ ١٤): رواه مالك في الموطأ، وأصحاب السنن الأربعة، من حديث خلاد بن السائب، عن أبيه السائب بن خلاد، خلا قوله: فإنها من شعار الحج، وهو المحفوظ، فإن كان ابن لبيد حفظه، فيحتمل أن يكون خلاد سمعه من أبيه وعن زيد بن خالد جميعًا.

ورواه الحاكم في المستدرك، عن عبد الله بن محمد بن موسى، عن اسماعيل بن قتيبة، عن وكيع به ورواه أيضًا عن أبي بكر بن إسحاق الفقيه، عن بشر بن موسى، عن الحميدي، عن سفيان، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عبد الملك هشام، عن خلاد بن السائب، عن أبيه، عن النبي ﷺ ـ به.

ثم رواه من طريق أبي هريرة، وقال: هذه الأسانيد كلها صحيحة، وليس يعلل واحد منها الآخر، ورواه البيهقي في سنن الكبرى عن الحاكم.

ورواه أبو بكر بن أبي شيبة في مسنده عن وكيع به، ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما من هذا الوجه. =

فأما مَنْ لهم شبهةُ كِتَابٍ: فهم المجوسُ[1]، كان لهم كِتَابٌ، فبدَّلوا، فأصبحوا وَقَدْ

= ورواه عبد بن حميد في مسنده، حدثنا عبد الرزاق، حدثنا سفيان، فذكره، ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده، عن أبي حيثمة، عن وكيع به.

وله شاهد من حديث أبي هريرة رواه الحاكم أيضًا، وعنه رواه البيهقي. ا.هـ .

وقع للحافظ الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٥) وهم، حيث عزا حديث خلاد بن السائب عن أبيه إلى الستة، وهو وهم، فالحديث عند أصحاب السنن فقط.

(١) **مجوس**: كلمة فارسية تطلق على أمة من الناس ويقال تمجس الرجل إذا صار مجوسيًا. وفي القاموس مجوس كصبور رجل صغير الأذنين وضع دينا ودعا إليه. ومجسه تمجيسًا صيره مجوسيًا. والنحلة المجوسية.

وأصل دين المجوس مبني على تعظيم النور وإثبات إلّه قديم يسمونه «يَزْدَان» وعلى التحرز من الظلمة التي قالوا بخلق إلّه محدث لها يسمى أهرمن. ومن هذا نشأت عبادة النيران عندهم لأنهم لما عظموا النور عبدوا النار لكونها مصدره.

ويقطن المجوس بلاد فارس وقد تمسكوا بدينهم خفية من الزمن حتى ظهر «زرادشت» فاعتنقوا مذهبه واتبعوا دينه. ويستقبل المجوس قبلة أمرهم بها زعيمهم المذكور وهي الشرق حيث مطلع الأنوار ـ وهم فرق كثيرة منها الثنوية والمانوية والزرادشتية وغير ذلك مما يطول الكلام عليه إن أردنا الإفاضة والتفصيل.

وقد اختلف الفقهاء في حكم التزوج بنسائهم بناء على دخولهم في أهل الكتاب أو عدم دخولهم.

فذهب أبو ثور وداود، وروي عن علي، وحكاه ابن القصار عن المالكية، وابن حزم من الظاهرية إلى أنهم أهل كتاب فأحلوا نساءهم للمسلمين.

وذهب الجمهور من الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة إلى أنهم ليسوا من أهل الكتاب فلا تحل نساؤهم للمسلمين.

استدل أبو ثور ومن معه:

أولاً:

بما رواه الموطأ عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عمر قال لا أدري ما أصنع بالمجوس. فقال عبد الرحمن بن عوف أشهد لسمعت رسول الله (ﷺ) يقول: «سُنُّوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلَ الكِتَابِ» رواه الشافعي ـ وجه الدلالة من الحديث أنه أفاد الأمر بمعاملة المجوس معاملة أهل الكتاب في إعطائهم الأمان وأخذ الجزية منهم، فدل هذا على أنهم أهل كتاب، لأن الجزية لا تؤخذ إلاّ منهم بدليل قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِيْنَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلاَ بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلاَ يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ الله وَرَسُولُهُ وَلاَ يَدِيْنُونَ دِيْنَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾.

وما صح عن رسول الله وصحابته، أنهم أخذوا الجزية من المجوس؛ كما روى ذلك أبو عبيد عن ابن شهاب، أن رسول الله أَخَذَ الجزية من مجوس هجر. وأن عمر أخذ الجزية من مجوس فارس، وأن عثمان أخذ الجزية من البربر.

فهذا دليل على أن المجوس أهل كتاب؛ إذ من الباطل الممتنع أن يخالف الرسول أمر ربه، فيأخذ الجزية ممن لم يؤمر بأخذها منهم؛ كما أنه لم يبلغنا أنه أخذها من المجوس بوحي حتى تكون خصوصية لذلك القوم.

ونوقش هذا الدليل.

. . . .

= بأن الحديث المستدل به حديثٌ منقطعٌ، رواه ابن المنذر، والدارقطني في «الغرائب» من طريق أبي علي الحنفي عن مالك، فزاد فيه عن جده ـ وهذه الزيادة تحتمل أن يكون الضمير فيها عائدًا على جعفر بن محمد، وحينئذ يكُونُ المقصودُ منه علي بن الحسين وهو لم يلحق عبد الرحمن بن عوف ولا عمر، فيظهر انقطاع الحديث.

ويحتمل أن يكون الضمير في الزيادة يعود على «محمود بن علي»، فيكون الحديث متصلاً؛ لأن جده الحسين بن علي سمع من عمر بن الخطاب، ومن عبد الرحمن بن عوف، وله شاهد من طريق آخر. لكن قال أبو عمر بن عبد البر في هذا الحديث: إنه من الكلام العام الذي أريد به الخاص على معنى أن المراد بسنة أهل الكتاب سنتهم في أخذ الجزية الخاصة. ويؤيده وقوعُ التصريح بتلك الزيادة في رواية أبي علي الحنفي.

ثم إن مدار الاستدلال في الحديث على العمل بمفهوم قوله تعالى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ الوارد في آية أخذ الجزْية، مع أن المفهوم معطل بدليل فعل الرسول، وأخذه الجزية من المجوس مع التصريح في رواية أخرى بتحريم نسائهم وذبائحهم. المفيد لعدم كونهم أهل كتاب. وليس هذا شأن أهل الكتاب في الأحكام. ولو كانوا من أهل الكتاب لما قال عمر فيهم: «مَا أَدْرِيْ مَا أَصْنَعُ بِالْمَجُوسِ، وَلَيْسُوا أَهْلَ كِتَابٍ»، وإذا كان المفهوم معطلاً فلا تدل الآية على منع أخذ الجزية من غير أهل الكتاب. فلا يكون أخذها من المجوس؛ لكونهم من أهل الكتاب.

واستدلوا ثانيًا:

بما روى الشافعي، وعبد الرزاق، وغيرهما بإسناد حسن عن علي أن رسول الله (ﷺ) وأبا بكر، وعمر، أخذوا الجزية من المجوس قال عليّ: وَأَنَا أَعْلَمُ النَّاسِ بِهِمْ كَانُوا أَهْلَ كِتَابٍ يَقرؤُونَهُ وَعِلْمَ يَدْرُسُونَهُ، فَنُزِعَ مِنْ صُدُورِهِمْ.

وبما روى قطر بن خليفة أن فروة الأشجعي قال: إن هذا لأمر عظيم يؤخذ من المجوس الجزية وليسوا بأَهْلِ كِتَابٍ، فقامَ إليه المستورد بن الأحنف فقال: طعنتِ على رسول الله (ﷺ) فَتُبْ وَإِلاَّ قَتَلْتُكَ وَاللهِ. وَقَالَ: قَدْ أَخَذَ رَسُولُ الله من مجـوس هجر الجزية قال: فارتفعنا إلى علي بن أبي طالب فقال: «سَأُحَدِّثُكُمَا بِحَدِيْثٍ تَرْضَيَانِهِ عَنْ الْمَجُوسِ. إِنَّ الْمَجُوسَ كَانُوا أُمَّةً لَهُمْ كِتَابٌ يَقْرَؤُونَهُ وَإِنَّ مَلِكًا لَهُمْ شَرِبَ الْخَمْرَ حَتَّىٰ سَكِرَ فَأَخَذَ بِيَدِ أُخْتِهِ فَوَقَعَ عَلَيْهَا فَرُفِعَ كِتَابُهُمْ».

دلت الروايتان على أن المجوسَ كان لهم كتاب، فرفع حين فعل ملكهم ما فعل ورفعه غير مخرج لهم من كونهم أهل كتاب، كما أن تحريف النصارى واليهود وتبديلهم في كتابهم لم يخرجهم من زمرة أهل الكتاب.

ونوقش:

بأن الإمام أحمد ضعف الرواية عن علي، وقال في المروي عنه: إنه باطل واستعظمه جدًا. وأيضًا في إسناد الروايات المذكورة سعيد بن المرزبان قد ضعفه يحيى بن معين، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وقال ابن القيم: إن الأمر الذي فيه أنه كان لهم كتاب، فرفع ورفعت شريعتهم، لما وقع ملكهم على بنته أو أخته لا يصح البتة.

وعلى تسليم صحة سند هذه الروايات، وأنه كان لهم كتاب ورفع ونسوه فبالرفع والنسيان خرجوا عن =

. . . .

= أن يكونوا أهل كتاب؛ لأنهم الآن ليس بأيديهم شيء من كتابهم. وضلوا بعبارة النار فدخلوا في عداد المشركين.

واستدلوا ثالثًا:

بما روي من طريق معبد الجهني والحسن، أن حذيفة بن اليمان تزوج مجوسية بالعراق فأمره عمر بتطليقها. رواه ابن حزم دلت هذه الرواية على أن المجوسية كتابية، وإلاَّ لما أقدم على الزواج بها صحابي جليل وهي مشركة. وفي أمر عمد له بتطليقها إقرار ضمني بصحة نكاحها السابق، إذ لو لم يصح لفرق عمر بينهما ولأنكر عليه الصحابة زواجها.

ونوقش:

بأن هذا الأثر لم يثبت من طرق صحيحة. وضعف أحمد رواية من روى ذلك ـ وكان أبو وائل يقول تزوج يهودية. وهو أوثق ممن روى زواجه بمجوسية. وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية. وعليه فالروايات متعارضة في شأن المرأة التي تزوجها حذيفة هل كانت مجوسية أويهودية أو نصرانية ومع التعارض لا يصح قول إلاَّ بترجيح صحيح ولم يوجد.

ولو فرضنا صحة تزوجه بمجوسية فهو عمل صحابي لا حجة فيه، لمعارضته لما هو أقوى منه وأصح.

واستدل الجمهور:

أولاً: ـ

بقوله تعالى: ﴿وَهَذَا كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ مُبَارَكٌ فَاتَّبِعُوهُ وَاتَّقُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا وَإِنْ كُنَّا عَنْ دِرَاسَتِهِمْ لَغَافِلِينَ﴾.

وجه الدلالة: أنه تعالى أخبر أنه أنزل القرآن وأمر باتباعه وتقواه. وأنه إنما أنزل الكتاب قطعًا لحجة المنكرين وإبطالاً لمقالتهم حتى لا يدعوا أن الكتاب لم ينزل عليهم. وإنما أنزل على طائفتين من قبلهم هم اليهود والنصارى.

وفي الآية دليل على أن أهل الكتاب هم اليهود والنصارى لا غير. وإذا كان كذلك فالمجوس ليسوا منهم وإلاَّ لزم الكذب في خبره تعالى وهو محال.

ونوقش:

بأن الآية تحتمل أن تكون حكاية عن قول الكفار وجائز أن يكونوا قد غلطوا في ذلك. وتحتمل أيضًا أن يكون اقتصر على ذكر الطائفتين دون غيرهما لكون القائلين وهم قريش لم يشتهر عندهم من طوائف أهل الكتاب سوى اليهود والنصارى. ولم تنف الآية الكتاب عن غيرهم.

وأجيب:

يمنع كون الآية حكاية عن قول الكفار لأنها نزلت كراهة أن يقولوا ومنعًا لأن يقولوا ورفعًا لقولهم على فرض حصوله منهم لا حكاية عنهم. والمراد منه قطع احتجاجهم بعدم نزول كتاب عليهم. فكأن الله تعالى قال ـ يا معشر العرب أنزلت القرآن حجة عليكم؛ لئلا تقولوا: إنما أنزلت التوراة والإنجيل بغير لساننا على جماعة غيرنا. ولم نفرق ذلك. فهذا كتاب بلسانكم على رجل منكم.

ولو سلمنا كون القول حكاية فهي لا تخرج عن الدلالة لأن الله تعالى حكى عنهم هذا القول ولم يعقبه بالإنكار عليهم والتكذيب إياهم والحكيم إذا حكى عن مُنكَرٍ غيره. =

. . . .

= واستدلوا ثانيًا: ـ

بما روى الحسن قال كتب رسول الله ﷺ «إِلَىٰ مَجُوسِ هَجَرْ يَدْعُوهُمْ إِلَىٰ الإِسْلَامِ فَمَنْ أَسْلَمَ قَبِلَ مِنْهُ وَمَنْ لاَ ضُرِبَتْ عَلَيْهِ الْجِزْيَةُ. عَلَىٰ أَنْ لاَ تُؤْكَلَ لَهُمْ ذَبِيحَةٌ وَلاَ تُنْكَحُ لَهُمْ امْرَأَةٌ». ورواه أبو عبيد. وأخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة بلفظ آخر.

وجاء في رواية أخرى «سُنُّوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ أَنَّكُمْ لَيْسُوا نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلاَ آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ».

دلت هذه الروايات على أن المجوس يعاملون معاملة أهل الكتاب في أخذ الجزية خاصة دون حل نسائهم وإباحة ذبائحهم وطعامهم. ومن تكون هذه حاله لم يكن من أهل الكتاب لأن أهل الكتاب أحل الله نسائهم وأجاز أخذ الجزية منهم. وإعطاءهم الأمان.

ونوقش:

بأن هذه الروايات مطعون في سندها بالإرسال قال ابن القطان في حديث «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» أنه مرسل ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه. وهو أيضًا ممن ساء حفظه بالقضاء.

والرواية التي رواها «ابن سعد» في «الطبقات» عن طريق ليس فيها قيس بن مسلم ـ عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله كتب إلى مجوس هجر ـ في سندها الواقدي وهو ضعيف وعلى هذا تكون الروايات مرسلة ولا حجة في مرسل.

ولو سلمنا صحتها سندًا فقد جاءت بعض الروايات بلفظ ليس فيه قوله «عَلَىٰ أَنْ لاَ تُؤْكَلُ لَهُمْ ذَبِيحَةٌ وَلاَ تُنْكَحُ لَهُمْ امْرَأَةٌ» وعليه تكون الحملة مدرجة من كلام الراوي فلا يحتج بها.

وأجيب:

بأن حديث الحسن بن محمد ابنِ الحنفية وغيره من التابعين حديث مرسل لكنه مع إرساله رُوِيَ عن خمسة من الصحابة برواية متوافقة: وأيَّد صحته عمل عوام أهل العلم به. ومثل هذا المرسل حجة باتفاق. لتوفر شرط العمل به عند من منع الاحتجاج به كالشافعي. وهو روايته من طرق متعددة.

وأما خلو بعض الروايات من ذكر الجملة الأخيرة فيها وهي «عَلَى أَنْ لا تُؤْكَلُ لَهُمْ ذَبِيحَةٌ وَلاَ تُنْكَحُ لَهُمْ امْرَأَةٌ» فلا يدل على كونها مدرجة إذ الرواية المطلقة تخصص بالمقيدة. ولا يبعد أن كون الروايات التي لم تذكرها تركتها اقتصارًا على محل الاستشهاد. وهو أخذ الجزية من المجوس.

واستدلوا ثالثًا: ـ

بما روي أن رَسُولَ الله ﷺ حينما أرسل كتابه إلى صاحب الروم كتب فيه «يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَىٰ كَلِمَةٍ سواءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ» وحين كتب إلى ملك فارس لم يكتب فيه ذلك ولم ينسبهم إلى كتاب وجه الدلالة ـ أن الفرس لكونهم مجوسًا لم يخاطبهم الرسول عليه السلام في كتابه لملكهم بمثل ما خاطب الروم الذين كانوا نصارى بل خاطب الأخيرين بنسبتهم إلى أهل الكتاب دون الأولين فدل هذا على أن المجوس غير أهل الكتاب وإلاَّ لخاطبهم مثلهم. ويؤيد ما تقدم ما جاء في المسند والترمذي وغيرهما من كتب الحديث والمغازي.

««لَمَّا اقْتَتَلَتْ فَارِسُ والرُّومُ وَانْتَصَرَتْ الْفُرْسُ فَرِحَ بِذَلِكَ الْمُشْرِكُونَ لأَنَّهُمْ مِنْ جِنْسِهِمْ لَيْسَ لَهُمْ كِتَابٌ» وَاسْتَبْشَرَ أَصْحَابُ رَسُولُ الله ـ لكون النصارى أقرب إليهم لكونهم أهل كتاب ـ حين أنزل الله ﴿الٓمٓ غُلِبَتْ الرُّومُ فِي أَدْنَى الأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ فِي بِضْعِ سِنِينَ﴾ فهذا يبين أن المجوس لم يكونوا أهل =

أَسْرِيَ فقدوا كتابهم؛ قاله علي ـ رضي الله عنه ـ فإنهم يُقَرُّونَ بالجزيةِ، ولكن لا يحلُّ مناكحتُهم وذبائحُهم؛ لما رُوِيَ عن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ؛ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ فِي الْمَجُوسِ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، غَيْر نَاكِحِي نِسَائِهِمْ، وَلاَ آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ»[1].

= كتاب إذ أَحَب المسلمون انتصار الروم لأنهم أهل كتاب. وأحبت قريش غلبة فارس المجوسية لكونهم ليسوا أهل كتاب».

ونوقش: ـ

بأن الرسول إنما خاطب الروم بذلك دون الفرس لاختلاف ديانات الفرس وكثرة فرقها. وعدم شهرتها بملة واحدة كالروم الذين كانوا نصارى متمسكين بنصرانيتهم ولهم كتاب فناسب هذا خطابهم بما اشتهروا.

وأجيب: ـ

بأن اختلاف ديانات الفرس دليل على عدم ثبوتهم على عقيدة وهو شأن المجوس. فلذا لم يكونوا أهل كتاب.

تلك أدلة الفريقين بالنظر فيها وفيما ورد عليها من مناقشات يترجح مذهب الجمهور القائلين بأن المجوس ليسوا أهل كتاب. ومما يؤيد ذلك الترجيح قول الله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِيْنَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِيْنَ مَنْ آمَنَ بِالله وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ﴾ الآية فإن الآية قد بينت أهل الديانات الذين هم سعداء في الآخرة بعملهم بشرائعهم قبل أن تنسخ.

ولم يذكر فيها المجوس فكان هذا دليلاً على أن المجوس كالمشركين في الحكم لعدم نسبتهم إلى كتاب وعدم سعادتهم في الآخرة. ثم حين عرض الله سبحانه للفِرَقِ الموجودة في زمن الرسول الذين وعدهم الله بالفصل بينهم يوم القيامة. قال ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوْا وَالَّذِينَ هَادُوا والصَّابِئِيْنَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوْا إِنَّ الله يفْصِل بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾.

فكان ذكرهم في تلك الآية مع عدم ذكرهم في الآية السابقة دليلاً ناطقًا يبعد المجوس عن أهل الكتاب إذ لو كانوا مثلهم لكان لهم كتاب يعملون بمقتضاه. ولكنا سببًا في نجاتهم يوم القيامة. ينظر نص كلام شيخنا بدران أبو العنين في أثر الاختلاف في الأحكام، وينظر الأموال لأبي عبيد ص ٣١٠، والمحلى لابن حزم ٤٤٨/٩، والمبسوط للسرخسي ٢١٤/٤، والمغني لابن قدامة ٥٠٢/٧.

(١) أخرجه مالك (٢٧٨/١) كتاب الزكاة ـ باب جزية أهل الكتاب والمجوس ـ حديث (٤٢) والشافعي (١٣٠/٢) كتاب الجهاد ـ باب ما جاء في الجزية حديث (٤٣٠) وعبد الرزاق (٦٨/٦ ـ ٦٩) كتاب أهل الكتاب ـ باب أخذ الجزية من المجوس ـ حديث (١٠٠٢٥) وابن أبي شيبة ٢٤٣/١٢) كتاب الجهاد باب ما قالوا في المجوس تكون عليهم جزية ـ حديث (١٢٦٩٦) وأبو عبيد في الأموال ص (٤٠) ـ حديث (٧٨) والبيهقي (١٨٩/٩ ـ ١٩٠) كتاب الجزية ـ باب المجوس أهل الكتاب والجزية تؤخذ منهم، وأبو يعلى (١٦٨/٢) رقم (٨٦٢) كلهم من حديث جعفر بن محمد عن أبيه، أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم: فقال عبد الرحمن بن عوف أشهد سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب» وفي تنوير الحوالك (٢٠٧/١) قال ابن عبد البر هذا حديث منقطع فإن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن بن عوف.

قال الحافظ في «التلخيص» (١٧٢/٣): وهو منقطع لأن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن وقد رواه أبو علي الحنفي عن مالك عن جعفر عن أبيه عن جده قال الخطيب في الرواة عن مالك: تفرد بقوله ـ عن جده ـ أبو علي قلت ـ أي الحافظ ـ: وسبقه إلى ذلك الدارقطني في غرائب مالك =

وقال أبو ثور: ويحل مناكحتُهم، وذبائحُهم.

وعامة الصحابة والعلماء على خلافه.

وأما مَنْ لا كتاب له؛ مثلُ عَبَدَةِ الأَوْثَانِ وما يستحسنون، ومثل عبدة الشَّمس، والزَّنَادِقَةِ، وَالْمُعَطِّلَةِ، وَالْبَاطِنِيَّةِ - فلا يقرون بِالْجِزْيَةِ، ولا يحلُّ مناكحتهم وذبائحهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وقال: ﴿وَلاَ تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١].

وإذا كان أحدُ أَبَوَيِ الكافر كتابيًا، والآخرُ مجوسيًا أو وثنيًا - يقر بالجزية أيُّ الأَبَوَيْنِ كان كتابيًا تغليبًا للحقن.

وهل يحلُّ مناكحتُه، وذبيحتُه؟

نظر إن كانت الأمّ كِتَابِيَّةً، فلا يحلُّ مناكحتُه وذبيحتُه.

وإن كان الأبُ كتابيًا فعلى قولين:

أحدهما - وهو قولُ مالك: يحل؛ لأن النَّسَبَ إلى مُنَاكَحَتِهِ وَذَبِيحَتِهِ، إلى الآباءِ.

والثاني: وهو الأصحُ: لا يحلُّ؛ لأن فيه جزءًا مِمَّنْ لا تحلُّ ذبيحتُه؛ كالحيوانِ المتولد بين ما يؤكل لحمه، وبين ما لا يؤكلَ لا يحلُّ أكله أَيَّ الأبوَيْنِ كان مأكولاً، بخلاف ما لو كان أحدُ أبويه مسلمًا، والآخر مجوسيًا - حَلَّتْ ذَبِيحَتُهُ ومناكحتُه؛ لأنه محكومٌ [له][1] بالإسلامِ، ولأن الإسلامَ يَعْلُو الأديانَ كُلَّهَا، فلا يشركه الشِّرْكُ.

والمتولِّد بين الكتابيةِ والوثنيِّ غيرُ محكومٍ له بالكتابية؛ إذ الشِّرْكُ يشركه الشِّرْكُ؛ فلا يترجح جانبٌ على الآخر.

فإن قلنا: لا يحلُّ، فلو بلغ وَدَانَ دين أهل الكتاب.

= وهو مع ذلك منقطع لأن علي بن الحسين لم يلق عمر ولا عبد الرحمن إلاّ أن يكون الضمير في جده يعود على محمد فجده محمد سمع منهما لكن في سماع محمد من حسين نظر كبير. ا.هـ وللحديث شاهد من حديث السائب بن يزيد.

ذكره الهيثمي في «المجمع» (٦/ ١٦) عنه قال: شهدت رسول الله ﷺ فيما عهد إلى العلاء حين وجهه إلى اليمن قال: ولا يحل لأحد جهل الفرض والسنن ويحل له ما سوى ذلك وكتب للعلاء أن سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه من لم أعرفهم.

لكن لحديث عبد الرحمن طريق آخر ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٧٢) فقال: ورواه ابن أبي عاصم في كتاب النكاح بسند حسن قال ثنا ابراهيم بن الحجاج ثنا أبو رجاء جار لحماد بن سلمة ثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال: كنت عند عمر بن الخطاب فذكر من عنده المجوس فوثب عبد الرحمن بن عوف فقال: أشهد بالله على رسول الله ﷺ لسمعته.

(١) سقط في أ.

قال الشافعي - رضي الله عنه - في موضع: لا تحل[1] ذبيحته، ومناكحته.

ومن أصحابنا من قال: هذا قول الشافعي - رضي الله عنه -: إن المتولد بين مَنْ تَحِلُّ ذبيحتُه ومن لا تحل، إذا بَلَغَ وَدَانَ دِينَ أَهْلِ الْكِتَابِ تحلُّ ذبيحتُه؛ لأن فيه شعبةً من كُلِّ واحدٍ منهما، إلا أنا غَلَّبْنَا جَانِبَ الحظرِ ما دامَ مَحْكُومًا بحكم الأبوينِ، فإذا بَلَغَ فله حكمُ نَفْسِهِ، وله أن يختار دينَ أَيِّ الأبوين شاءَ.

وإذا اخْتَار دينَ أَهْلِ الكتابِ - حَلَّت ذبيحته.

ولا فرق على هذا بين أن يَكُونَ الأبُ كِتَابِيًّا أو الأم، بِخلاف المتولِّد بين المجوسيين، إذا بلغ ودان دين أهل الكتاب - لا تحلُّ ذبيحتُه؛ لأنه تمحَّض مِمَّنْ لا تَحِلُّ ذبيحتُه.

ومن أصحابنا من قال - وهو المذهب: إنا إذا قلنا: لا تحلُّ ذبيحتُه قبل الْبُلُوغِ؛ فإذا بلغَ وَدَانَ دِينَ أَهْلِ الكتابِ - لا يحل أيضًا كالمتولِّد بين المجوسيين.

وحملوا النَّصَّ على ما إذا كان أَحَدُ أبويه يهوديًا، والآخرِ نَصْرَانِيًّا، فإذا بَلَغَ وَدَانَ دِينَ أَحَدِ الأبوينِ - حَلَّتْ ذبيحتُه؛ لأنه مُتَوَلِّدٌ بين أَبَوَيْنِ تحلُّ ذبيحةُ كُلِّ واحد منهما.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: أي الأبوين كان كتابيًا، والآخر وثنيًا أو مجوسيًا - تحلُّ ذبيحته ومُنَاكَحَتُهُ، وهذا تغليبًا لأفضلِ الدِّينَيْنِ.

فَصْلٌ فِيمَا يَجِبُ على المُسْلِمِ فِي نِكَاحِ الكِتَابِيَّةِ

إذا نكح مسلمٌ كتابيةً - يجبُ لها عليه ما يجبُ [على المسلم][2] من المهرِ، والنفقةِ، والقسم، ويجب عليها من التَّمكين ما يجب على المسلمةِ، غير أنهما لا يَتَوَارَثَانِ لاختلافِ دينهما.

فإذا طهرتْ من الْحَيْضِ أو النِّفَاسِ - له إجبارها على الْغُسْلِ؛ كما يجبر المسلمة؛ لأنه لا يحلُّ وَطْؤُهَا قبل الْغُسْلِ، ثم بعده يَحِلُّ له وَطْؤُهَا، بخلاف المسلمة تَغْتَسِلُ بلا نيةٍ - لا يحل وَطْؤُهَا؛ لأنه لا ضرورة إليه.

وقال أبو حنيفة: لا يجبرُها على غُسْلِ الْحَيْضِ؛ لأن عنده يحلُّ له وَطْؤُهَا بعد ما طَهُرَتْ قبل الغسل، وله أن يُجْبِرَ المسلمةَ على غُسْلِ الجنابة.

وهل يجبر الذِّمية عليه؟ فيه قولان:

---

(١) في أ: تحل.

(٢) في أ: للمسلمة.

أحدهما: بلى؛ كما يجبرها على الْغُسْلِ من الحيض.

والثَّاني: لا؛ لأن الاسْتِمْتَاعَ بها جَائِزٌ قَبْلَ الْغُسْلِ.

وقيل: لا يجبرهَا، إلا أن تَطُولَ المدةُ؛ لأنه تعاف النَّفْسُ منها، إذا طَالَتِ المدةُ على الجنابة، وله إجبارُ المسلمةِ والذِّمية على التَّنْظِيفِ بِالاسْتِحْدَادِ، وقلمِ الأَظْفَارِ إن طالت وَقَبُحَ مَنْظَرُهَا.

وإن طالت قليلاً ولم تُجَاوِزِ الْحَدَّ فعلى قولين.

وكذلك هل يجبرها على التَّنْظِيفِ من الْوَسَخِ وَالدَّرَنِ؟ ـ فعلى قولين بناء على أنه هل يجبرُها على غُسْلِ الجنابةِ أم لا؟

وله منعها من كُلِّ ما يتأذَّى بريحه؛ مثل: الثوم، [والبصل][1]، والكرَّاث، ويَمْنَعُ الذِّميةَ عن شُرْبِ الخمرِ، وأكل لَحْمِ الْخِنْزِيرِ، والمسلمةَ عن شُرْبِ النَّبِيذِ.

وإن كان يعتقدُ إباحته.

ويمنعُ الذِّمِّيَّةَ عن لُبْسِ جِلْدِ الميتاتِ، وعن لُبْسِ كُلِّ ثوبٍ مُنْتِنٍ، ولا يمنعها من لُبْسِ ما يلبسونَ على عادتهم مما يحلُّ في الإسلام.

وقيل: هل له منعُ المسلمةِ عن شُرْبِ النبيذ بقدر ما لا يُسْكِرُ إذا كان كَانَا حنفيين، أو منعُ الذميةِ عن أكل لَحْمِ الخنزير، وعن شُرْبِ الخمرِ قليلاً بحيث لا يسكر، وعن أَكْلِ الثوم والبصل؟ ـ فيه قولان كَالتَّنْظِيفِ مِنَ الْوَسَخِ.

وجملته: أن كُلَّ ما لا يمنعُ الاستمتاع، ويمنع كماله ـ هل يجبرها عليه؟

فيه قولان.

وله منعُ الذميَّةِ عن الخروج إلى الْكَنَائِسِ، والبِيَعِ؛ كما يمنع السلمة عن الأعيادِ، المساجدِ.

وقوله ـ ﷺ ـ: «لاَ تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللهِ مَسَاجِدَ اللهِ»[2] في حق الخَلِيَّةِ.

فَصْلٌ فيمَا إِذَا انْتَقَلَ الْكَافِرُ مِنْ دِينٍ إِلَىٰ دِينٍ

فِي انْتِقَالِ الكَافِرِ مِنْ دِينٍ إِلَىٰ دِينٍ آخَرَ [غَيْرِ الإِسْلَامِ][3].

[ينظر][4] إن انتقل من دِينِ أَهْلِ الكتاب إلى دِينِ أَهْلِ الكتابِ؛ كاليهودي يَتَنَصَّرُ، أو

---

(١) سقط في أ.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

النَّصرانيّ يَتَهَوَّدُ، فهل يقرُّ بالجزية؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يقر؛ لأنه اسْتَحْدَثَ دينًا باطلاً بعدما كان معترفًا ببطلانه؛ كالمسلم يَرْتَدُّ.

والثاني ـ وهو الأصحُّ، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ: يُقَرُّ؛ لأن كِلاَ الفريقَيْن يقرُّ بالجزية؛ كَالنَّصْرَانِيِّ ينتقلُ من مَذْهَبٍ إلى مَذْهَبٍ، وليس كالمسلمِ يرتدُّ؛ لأنه تَرَكَ دِينَ الْحَقِّ، وهذا تَرَكَ دِينَ الْبَاطِلِ.

فإن قلنا: يقر بالجزية تحلُّ ذبيحته، وإن كانت امرأةٌ لا يحلُّ[1] للمسلم نِكَاحُهَا، وإن فعلت في دَوَامِ نِكَاحِ مسلم ـ لا يضر النِّكاح.

وإن قلنا: لا يقر لا تحلُّ ذَبِيحَتُهُ، [وإن كانت امرأة لا يحلُّ نكاحها][2]، وإن كانت تَحْتَ مُسْلِمٍ، فإن كان قبلَ الدُّخُولِ تتنجزُ الفرقةُ بينهما، وإن كان بعده تَتَوَقَّفُ على انقضاءِ عِدَّتِهَا؛ كالمسلمةِ تَرْتَدُّ، فعلى هذا القولِ هل يقنعُ منه بالعود إلى الدِّينِ الأولِ، أم لا يقبلُ منه إلاَّ الإسلام؟ فيه قولان:

أحدهما: يقنع بالعود إلى الأول؛ لأنه كان مقرًّا عليه.

والثاني: لا يقبلُ منه إلاَّ الإسلام؛ لأنه أقر بِبُطْلاَنِ الدِّين الأولِ، وإن لم يرجع إلى الدِّين الأولِ، أو لم يسلم على القول الآخر ـ ما يُفْعَلُ له؟ فيه قولان:

أحدهما: يُقْتَلُ كَالْمُرْتَدِّ.

والثاني: يبلغ المأمن، ثم هو حَرْبٌ لنا، وإن ظَفَرْنَا به قَتَلْنَاهُ، وإن خرج إلى دار الحرب، ثم عاد إلينا ـ فلا نقره إلاَّ بما كنا نقرهُ في الابتداءِ من الْعَوْدِ إلى الدِّينِ الأولِ، أو الإسلامِ.

ولو انتقل الْكَافِرُ من اليهوديةِ أو النَّصْرَانِيَّةِ إلى دِينِ الْمَجُوسِ ـ فهل يقرُّ على الْجِزْيَةِ؟ فعلى القولين.

فإن قلنا: لا يقر، فهل يقنعُ بالعودِ إلى الدِّينِ الأول، أم لا؟ ـ فيه قولان.

وعلى القولين جميعًا: لا تحلُّ ذَبِيحَتُهُ ومُنَاكَحَتُهُ ما دامَ على التَّمَجُّسِ.

ولو فعلته كتابيةٌ تحت مُسْلِمٍ، فإن كان قَبْلَ الدُّخول ـ تتنجز الْفُرْقَةُ، وإن كان بَعْدَ الدُّخول تَتَوَقَّفُ إلى انقضاء الْعِدَّةِ، فإن أسلمت أو عَادَتْ إلى الدِّين الأولِ على قولنا: إنه يقنع منها به على انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ـ فهما على النِّكَاحِ، وإلاَّ بان أن الْفُرْقَةَ وقعت بينهما بِتَبْدِيلِ الدِّينِ.

---

(١) في أ: يحل.

(٢) ولا نكاحها.

ولو تَمَجَّسَتْ يهوديةٌ تحت يَهُودِيٍّ ـ نظر إن كانوا لا يعتقدون جَوَازَ نِكَاحَ المجوسيةِ ـ فهو كما لو تَمَجَّسَتْ تحت مُسْلِمٍ، وإن كانوا يعتقدونَ جَوَازَهُ، فلا نتعرض له؛ فإن أسلما جميعًا أقرَّا عليه.

ولو انتقل مجوسيٌّ إلى يهوديةٍ، أو نَصْرَانِيَّةٍ ـ فهل يقرُّ عليه فيه قَوْلاَنِ:
فإن قلنا: لا يقرُّ، فهل يقنعُ بالعودِ إلى الأول؟ فيه قولان.

ولا خلاف أنه لا تَحِلُّ ذبيحتُه، ولا مناكحتُه؛ لأن الْكَافِرَ إذا انتقل من دِينٍ إلى دِينٍ ـ يبقى له على أَحَدِ القولين فضيلةٌ هي مَوْجُودَةٌ في الدِّينَيْنِ جميعًا، أما ما هو موجودٌ في أحدهما ـ فلا يثبتُ لَهُ.

وعند أبي حنيفة: يجوز فضيلةُ المنتقل إليه.

ولو تَوَثَّنَ يهوديٌّ أو نَصْرَانِيٌّ، أو تَزَنْدَقَ ـ فلا يقرُّ عليه، وهل يقنعُ بالعودِ إلى الدِّينِ الأول؟ ـ فيه قَوْلاَنِ: فإن فعلته يَهُودِيَّةٌ تحت مُسْلِمٍ؛ فكالمسلمة ترتدُّ.

ولو لم ينتقل إلى الدِّينِ الأولِ، بل انتقل إلى دين آخر ـ [لا يقرُّ][1] عليه؛ بأن تَوَثَّنَ يهوديٌّ ثم تَنَصَّرَ، أو نصرانيٌّ تَوَثَّنَ ثم تَهَوَّدَ ـ فهل يقرُّ عليه؟ فيه قولان؛ كاليهوديِّ يَتَنَصَّرُ.

ولو تَوَثَّنَ مجوسيٌّ لا يقرُّ عليه، وهل يقنعُ بالعودِ إلى الأول؟ فيه قولان.

ولو أن وَثَنِيًّا تَهَوَّدَ، أو تَنَصَّرَ، أو تَمَجَّسَ ـ لا يقرعليه، ولا يقبلُ منه إلاَّ الإسلام كالمرتد؛ لأن التقريرَ لم يكن في الدِّينِ المنتقلِ عنه؛ فلا يَحْصُلُ له بالانتقالِ.

فَصْلٌ فِي نِكَاحِ الإِمَاءِ

قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصِنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ. . .﴾ [النساء: ٢٥] الآية.

لا يجوزُ للحرِّ نِكَاحُ الأمةِ المسلمةِ إلاَّ بِشَرْطَيْنِ:

أحدهما: ألا يجد صداق حُرَّةٍ:

الثَّانِي: أن يَكُونَ خائفًا على نَفْسِهِ من الْعَنَتِ، وهو الزِّنَا؛ لأن الله ـ تعالى ـ قال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾، وقال في آخر الآية: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] أباح للحرِّ نِكَاحَ الأَمَةِ بشرطين؛ فلا يجوزُ إلاَّ بعد وُجُودِهِمَا.

---

(١) في أ: مما يقر.

وقال أبو حنيفة: يجوزُ مع فَقْدِ الشَّرْطَيْنِ، إلا أن يكون في نِكَاحِهِ حُرَّةٌ؛ فحينئذ لا يجوزُ نكاح الأمة، والآيةُ حجة عليه.

فإن كان في مِلْكِهِ أمةٌ تحل له وَطْؤُهَا، أو قادرًا على أن يَشْتَرِيَ أَمَةً - لا يحلُّ له أن يَنْكِحَ الأمةَ؛ لأنه مستغنٍ عن إرقاق وَلَدِهِ بما معه.

وإن كان في مِلْكِهِ أمةٌ لا يحلُّ له وطؤها نُظِرَ: إن كانت قيمتُها تَفِي بمهر حُرةٍ، أو بثمن أمة يحل له؛ فلا يحلُّ له نكاح الأمة، وإلاَّ فيحلّ.

وإن كان قَادِرًا على صَدَاقِ حُرَّةٍ كتابيةٍ، فهل له نكاحُ الأمةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن الله - تعالى - قال: ﴿أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصِنَاتِ...﴾ [النساء: ٢٥] وهذا غيرُ قادرٍ على طَوْلِ حرة مؤمنة.

والثاني - وهو الأصحُّ: لا يجوز؛ لأنه قادر على نِكَاحِ حُرَّةٍ؛ كما لو كانت في نكاحه حُرَّةٌ ذميَّةٌ - لا يجوز لَهُ نِكَاحُ الأمة.

وذكر الإيمان في المحصنة في الآية ليس على سبيل الشَّرْطِ، بل ذِكْره تشريفًا؛ كما قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ...﴾ [الأحزاب: ٤٩] الآية.

ثم المسلمةُ والذميةُ في هَذَا الحكمِ سَوَاءٌ، وهو أَن لا عِدَّةَ عليها إذا طلقت قبل الدخول، وإن خَاطَبَ المؤمنين به.

وإن كانت تحته مجنونةٌ، أو مجذومةٌ، أو بَرْصَاءُ - لا يحل له نِكَاحُ الأمةِ، وإن كانت في نِكَاحِهِ حُرَّةٌ فطلقها - [نظر؛ إن طلقها][1] رجعيًا - لا يجوز له نِكَاحُ الأمةِ ما دامت في العدةِ؛ لأنه يمكنه مُرَاجَعَتُهَا، وإن طلَّقها بائنًا؛ فيجوز عند وُجُودِ الشَّرْطَيْنِ.

قال الشيخ: وإن كانت تحته حرةٌ رَتْقَاءُ، أو قَرْنَاءُ - لا يجوزُ له نكاحُ الأمةِ، وكذلك إن كانت تحته صغيرةٌ، أو مضناة لا تحتملُ الْجِمَاعَ؛ لأنه قَادِرٌ على الأصل، وإن لم يحصل مقصودة يمكنه مُفَارَقَتُهَا، وإن كان واجدًا لِصَدَاقِ رَتْقَاءَ، أو قَرْنَاءَ، أو صَغِيرَةٍ - يجوز؛ لأنه لم يَأْمَنْ معها الْعَنَتَ.

وإن كان تحته حُرَّةٌ - وهي غائبةٌ - لا يجوزُ له نِكَاحُ الأمة؛ لأنه يمكنه أن يُطَلِّقَهَا.

ولو كان مالُه غائبًا يجوزُ؛ لأنه لا يمكنه إزالةُ مِلْكِهِ عن المالِ، ولو كان معه طول حرة

---

(١) سقط في أ.

وتلك الحرة غائبة، أو كان صَدَاقُ الْحَرَائِرِ ببلد آخر أَرْخَصَ، وهو واجد لذلك؛ فإن لم تَلْحَقْهُ مشقةُ الخروج إليها ـ لا يجوز له نِكَاحُ الأمةِ، وإلاَّ فيجوزُ، ولو لم يكن في بَلَدِ الآخرة واحدة، وهي تغالي في المهرِ، وهو واجد له ـ لا يجوز له نِكَاحُ الأمةِ، وكذلك رَقَبَةُ الكفارة إذا بِيعَتْ بمالٍ[١] غَالٍ، وهو واجد له ـ لا ينتقل إلى الصَّوْمِ، بِخلافِ التَّيَمُّمِ يجوزُ إذا بِيعَ الماءُ بثمن غَالٍ؛ لأنه يتكررُ.

قال الشيخ: وعندي فيه نظر، لو لم يكن له مَالٌ، ورضيت الحرةُ بمهر نَسِيئَةً، أو أقرضه رَجُلٌ المهرَ ـ فهل له نِكَاحُ الأمةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه قادر على نِكاحِ الْحُرَّةِ.

والثاني: يجوز؛ لأن ذمته تشتغلُ بقضائه، وربما لا يجدُ ما يقضيه.

ولو وُهِبَ رجلٌ مالاً أو جاريةً قبول لا يلزمه ـ الهبة، وله نكاح الأمة.

ولو رضيتِ المرأةُ بمهرٍ بَخْسٍ ومعه ذلك ـ فالمذهب لا يجوزُ له نِكَاحُ الأمةِ؛ كما لو بيع الماءُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ـ لا يجوزُ له التيممُ.

ولو نكَحَ حُرٌّ أمةً عند وجود الشَّرطين، ثم أَيْسَرَ ـ لا ينفسخ نِكَاحُ الأمةِ، وكذلك لو نكَحَ حُرَّةً بعده لا يرتفع نِكَاحُ الأمةِ؛ لأن الإِعْسَارَ يشترطُ في الابتداءِ لا في الدَّوَامِ؛ كما أن خَوْفَ الْعَنَتِ يزولُ في الدَّوام، ولا يبطلُ نِكَاحُ الأمةِ.

أما العبدُ فيجوز له نِكَاحُ الأمةِ، وإن كانت تحته حُرَّةٌ؛ لأن العبدَ في مثل حالها، فلا يظهر نَقْصُهَا في حَقِّهِ.

وعند أبي حنيفة: لا يجوزُ للعبدِ أن يَنْكِحَ الأمةَ إذا كانت تحته حُرَّةٌ كالحرِّ، ولا يجوزُ للحر أن يَتَزَوَّجَ أَمَتَيْنِ.

وعند أبي حنيفة: يجوز.

. ولا يجوزُ للمسلمِ الحرِّ نِكَاحُ الأمةِ الكتابيةِ بحالٍ؛ لأن الله ـ تعالى ـ قال: ﴿مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥]، أباح نكاحَ الأَمَةِ بِشَرْطِ أن تكون مؤمنة، وأباح نِكَاحَ الْكِتَابِيَّةِ بشرط أن تَكُونَ حُرَّةً.

قال: ﴿والْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] يعني: الحرائر.

وعند أبي حنيفة: يجوز للحرِّ المسلم نِكَاحُ الأمةِ الكتابية، والآيةُ حُجَّةٌ عليه.

وكذلك العبدُ المسلمُ لا يَجُوزُ له عندنا نِكَاحُ الأَمَةِ الكتابيةِ على ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ؛ لأن

---

(١) في أ: بثمن.

المنعَ لحقِّ الدين، فيستوي فيه الحرُّ والعبدُ؛ كالمرتدَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ.

فأما الحرُّ الكتابيُّ: هل يجوزُ له نِكَاحُ الأمةِ الكتابيةِ؟ - فيه قولان:

أحدهما: لا يجوز؛ كما لا يجوزُ للحرِّ المسلم.

والثاني: يجوزُ؛ كما يجوزُ للمسلم نِكَاحُ الأَمَةِ المسلمة.

فأما العبدُ الكتابيُّ: هل يجوزُ له نِكَاحُ الأمةِ الكتابية؟

يترتَّب على الحرِّ الكتابيِّ، فإن جوزنا للحر، فالعبدُ أَوْلَىٰ، وإلاَّ فوجهان.

والأصح: جَوَازُهُ.

والفرق أنهما مع العبودية متكافآن؛ كالحرِّ المسلمِ لا يَنْكِحُ الأمةَ إلاَّ بَشَرْطَيْنِ، وينكحُها العبدُ مع عَدَمِ الشَّرْطَيْنِ.

ويجوزُ للمسلم وَطْءُ أمته الكتابيةِ بِمِلْكِ اليمينِ، ولا يجوزُ وَطْءُ الأمةِ المجوسيةِ، ولا الْوَثَنِيَّةِ؛ كما لا يجوزُ وَطْءُ المرتدَّةِ؛ لأن كُلَّ صِنْفٍ لا يجوزُ نكاحُ حَرَائِرِهِمْ؛ لا يجوزُ وطءُ إِمَائِهِمْ بِمِلْكِ الْيَمِينِ.

ولا يجوزُ للمولى إجبارُ أَمَتِهِ المجوسيةِ، ولا الوثنيةِ عَلَىٰ الإِسْلاَمِ؛ لأنها دخلت في الأَمَانِ للاسترقاقِ؛ كَالْمُسْتَأْمَنَةِ لا تُجْبَرُ على الإسلامِ، وكالعبدِ المجوسيِّ والوثنيِّ لا يُجْبَرَانِ على الإِسْلاَمِ.

ويجوزُ للمسلمِ نِكَاحُ الْحُرَّةِ الكتابيةِ، ذمية كانت، أو مستأمنةً، أو حربيةً، غير أنه يُكره؛ لأنه ربما يميلُ قلبُه إليها، فتكون فِتْنَةً على دِينِهِ، والكراهيةُ في الْحَرْبِيَّةِ أكثر؛ لأنه بالإقامةِ فيما بينهم يكثر سَوَادُهُمْ، وربما تسترق زوجته وهي حَامِلٌ منه، ولا يقبلُ قولها: إن حَمْلِي من مِسْلِمٍ، فيسترق وَلَدُهُ.

وإذا نَكَحَ الحرُّ أمةً، فأتت بولدٍ - يكونُ الولدُ رقيقًا لمالك الأمة.

وإن كان الْحُرُّ عربيًّا، ففيه قولان:

أصحهما: أن الْوَلَدَ رقيقٌ أيضًا؛ كما لو لم يكن عربيًّا.

وقال في القديم: الولدُ يكونُ حرًّا، والرقُّ لا يجري في العرب، ولا وَلاَءَ على الولدِ؛ لأنه حُرُّ الأصلِ، فعلى هذا هل يَجِبُ على الأبِ قيمةُ الولد؟ فيه قولان:

أحدهما: يجبُ؛ كما يجب في الْغُرُورِ، لو نَكَحَ امرأةً على أنها حُرَّةٌ، فَبَانَتْ أَمَةً - يكونُ الولدُ حرًّا، ويجبُ عليه قيمتهُ.

والثَّانِي: لا يجبُ؛ لأن السيدَ قد رَضِيَ به حيث زَوَّجَهَا من العربيِّ.

فَصْلٌ فِي الجَمْعِ

إذا نَكَحَ رجلٌ حُرَّةً [وأمة][١] معًا ـ نظر إن كان عَبْدًا يجوزُ، وإن كان حرًّا لا يصحُّ نِكَاحُ الأمةِ، وهل يصحُّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ؟ ـ نُظِرَ: إن كان مِمَّنْ لا يحل له نِكَاحُ الأَمَةِ ـ ففي صِحَّةِ نِكَاحِ الْحُرَّةِ قَوْلاَنِ:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفةَ، واختاره المزنيُّ: يصح.

والثَّاني: لا يصح؛ لأنه عَقْدٌ وَاحِدٌ، فإذا فسد بعضُه فَسَدَ كُلُّه.

وإن كان مِمَّن يحلُّ له نِكَاحُ الأمةِ، فإن كان قَادِرًا على نِكَاحِ ذمية، أو سَمَحَتِ الْحُرَّةُ بِالْمَهْرِ، وجوزنا له نِكَاحَ الأمة ـ فاختلفوا:

قال صاحب «التلخيص»: لا يصحُّ نكاحُ الأمةِ، وفي نكاحِ الْحُرَّةِ قَوْلاَنِ؛ كالأولِ.

قال الشيخ أبو زيد: لا يصحُّ واحدة منهما؛ لأن نِكَاحَ كُلٍّ واحدةٍ على الانفراد ـ جائز، والجمعُ لا يجوزُ، وليس أحدُهما بِأَوْلَىٰ من الآخرِ؛ كما لو جَمَعَ بين أختيْن، فحيث قلنا: لا يصحُّ فذاك، إذا جَمَعَ بينهما إيجابًا وقبولاً.

فإن فرق بينهما؛ بأن قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي بألفيْن، وَأَمَتِي بخمسمائة، فقال الزوجُ: قبلت نِكَاحَ هذه، ونكاحَ تلك ـ فيصح نِكَاحُ الْحُرَّةِ قولاً واحدًا.

وإن فرق بينهما في الإيجابِ دون الْقَبُولِ، أو فِي الْقَبُولِ دونَ الإيجابِ ـ ففيه وجهان: حيث قلنا: يجوزُ نِكَاحُ الحرةِ إذا جمع بينهما؛ ففي المهر أقوال:

أصحها: يَجِبُ لها مَهْرُ المثلِ؛ لأنه إذا بطل ذكرُ بَعْضِ المهر؛ بَطَلَ كُلُّهُ.

والثاني: يوزع المسمى على مهور أمثالهما، فبقدر ما يقابل مهر الحرة يجب.

والثالث: يَجِبُ لها جَمِيعُ الْمُسَمَّىٰ، وكذلك لو جَمَعَ بين نِكَاحِ مسلمةٍ ومجوسيةٍ، أو نكاح خَلِيَّةٍ وَمُعْتَدَّةٍ، أو بين نكاح أخته وأجنبية ـ ففي صحة نِكَاحِ المسلمةِ والأجنبيةِ وَالْخَلِيَّةِ قولان.

ولو جَمَعَ بين نِكَاحِ خَمْسِ نِسْوَةٍ ـ فنكاح الكلِّ باطلٌ؛ لأنه لا مِزْيَةَ للبعض [على البعض][٢]، فيحكم بِصِحَّةِ نِكَاحِهَا؛ كما لو جَمَعَ بين أختين.

ولو جمع بين خَمْسٍ فيهن أختان ـ فنكاح [الأختين][٣] باطل، وفي الثَّلاَثِ قولان.

ولو جمع بين سَبْعٍ فيهن أختان ـ فنكاح الكل باطل.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

ولو جمع بين أختين وأمة، فإن كان ممن لا يحلُّ له نِكَاحُ الأمة ـ فنكاح الكل باطل، وإن كان ممن يَحِلُّ له نكاحُ الأمةِ ـ بطل نكاحُ الأختين، وفي الأمةِ قولان، وحُكْمُ الْمَهْرِ ما ذكرناه.

ولو قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، وبـ ـك هَذَا الزِّقَّ من الخمرِ بكذا، فقبل فيهما ـ فقد قيل في صِحَّةِ النِّكَاحِ قولان.

وقيل: يصحُّ ها هنا النِّكَاحُ قولاً واحدًا وهو الأصحُّ؛ لأنهما عَقْدَانِ مختلفانِ، ففساد أحدهما لا يُوجب فَسَادَ الآخرِ.

ولو قال: زَوَّجْتُكَ ابْنِي وابْنَتِي، أو ابنتي وَحِمَارِي، أو ابنتي وزقَّ خَمْرٍ ـ فالمذهب أن النِّكَاحَ صَحِيحٌ؛ لأن ما ضُمَّ إليه لا يقبلُ النِّكَاحَ، فيلغو ذكره.

وقيل: فيه قولان.

فإن قلنا: يصحُّ النكاح، فما حكم المهر؟ هذا يبنى على ما إذا جَمَعَ بين نِكَاحِ امرأتين، وإحداهما لاَ تَقْبَلُ الْعَقْدِ.

إن قلنا هناك: يَجِبُ لمن صَحَّ نِكَاحُهَا مهرُ المثلِ؛ فها هنا كذلك.

وإن قلنا: يجب لها جميعُ المسمَّى، فها هنا مثله.

وإن قلنا: يوزع المسمَّى على مُهُورِ أمثالهما، فها هنا التوزيعُ لا يمكن؛ لأنه لا مهر لِلْمَضْمُومِ إليها، فيجب جميعُ الْمُسَمَّىٰ.

وقيل: إن كان قد جَمَعَ بَيْنَ نِكَاحِ امرأةٍ وخمرٍ، وقلنا في البيع: إذا بَاعَ عصيرًا أو خمرًا ـ يقدر الخمر عصيرًا، أو يوزع الثَّمن عليهما ـ فها هنا يوزع المسمَّى عليهما كذلك، وحيث قلنا: يجب جميعُ الْمُسَمَّىٰ في الجمع بين الْمَرْأَتَيْنِ، وكان الزوجُ جاهلاً بالحالِ ـ فله الخيارُ في فَسْخِ الصَّدَاقِ، لا في رَدِّ النكاح، فإن شاء أجاز، وإن شاء فَسَخَ الصَّدَاقَ، وعليه مَهْرُ المثل.

وإن قلنا: يَجِبُ مهرُ المثلِ ـ فلا خيارَ له؛ لأنا لو أوجبنا مَهْرَ المثلِ، وإذا فسخ لا يجبُ إلاَّ ذلك. وإن قلنا: يوزعُ المسمَّى على مهور أمثالهما ـ فهل يلزمه الخيار؟ نظر إن كان الصَّدَاقُ مما يقبلُ القسمةَ؛ كالحنطة ونحوها ـ فلا خيار له، وإن كان مما لا يقبلُ الْقِسْمَةَ من عبد ونحوه ـ فله الْخِيَارُ؛ لأنه [لا يتضرر][1] بِالتَّشْقِيصِ، فإن فسح فعليه مَهْرُ المثلِ؛ ذكره الشيخُ أبو علي.

---

(١) في أ: يتضرر.

بَابُ التَّعْرِيضِ بِالْخِطْبَةِ

قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

يجوزُ خطبةُ المرأةِ الْخَلِيَّةِ الفارغةِ تعريضًا وتصريحًا، ولا يجوزُ خطبةُ المزوَّجة تَصْرِيحًا ولا تعريضًا، وكذلك الرجعية.

أما سَائِرُ المعتدَّاتِ لا يجوزُ لغير صَاحِبِ العَدَّةِ خِطْبَتُهُنَّ تَصْرِيحًا، وهل يجوزُ تَعْرِيضًا؟ - نظر إن كان في عِدَّةِ الْوَفَاءِ يَجُوزُ.

وكذلك كُلُّ مُعْتَدَّةٍ لا يحلُّ لمن بَانَتْ منه نِكَاحُهَا؛ كالبائنة منه باللِّعَانِ، والرَّضَاعِ، والطَّلَاقِ الثَّلَاثِ.

أما البائنةُ التي يَجُوزُ للزوج نِكَاحُهَا؛ كالمختلعة، والمفسوخِ نِكَاحُهَا، فيجوزُ لصاحبِ العدَّة خِطْبَتُهَا تعريضًا وتصريحًا، وهل يجوزُ لغيره خِطْبَتُهَا تَعْرِيضًا؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوزُ؛ كالمطلَّقةِ ثلاثًا؛ لأن سُلْطَانَ الزَّوْجِ مرتفعٌ عنها.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنه يجوزُ لصاحب العدَّةِ نِكَاحُهَا؛ كالرَّجعية.

وإن كانت في عِدَّةِ وَطْءِ الشبهة، فقد قيل فيه قولان؛ كالمختلعة.

وقيل - وهو الأصحُّ: يجوز قولاً واحدًا؛ لأنه لم يكن لصاحب الْعِدَّةِ عليها حقيقةُ نكاحٍ، فيثبت فيه هذا الْحَقُّ، ويجوزُ لصاحب العدةِ خطبتُها تعريضًا وتصريحًا.

والتَّصريح في الْخِطْبَةِ أن يقول: إني أُريد أن أُنكِحَكَ، أو لا تُفَوِّتي على نَفْسِكِ إذا حَلَلْتِ، أو لفظًا لا يحتملُ غَيْرَ النِّكَاحِ.

والتعريضُ بما يحتملُ النِّكَاحَ وغيره؛ مثل أن يقول: رُبَّ راغبٍ فِيكِ، وربَّ طالبٍ لك، أنت جميلة، إذا حَلَلْتِ فآذنيني، مَنْ يَجِدُ مِثْلَكَ [لَسْتِ بمرغوبٍ عَنْكِ، لا تبقين أَيِّمًا][(1)]، ونحو ذلك.

وكلُّ موضع جَوَّزْنَا له التَّعريض، فالمرأةُ إن رَغِبَتْ فيه تجيبه بمثله في الْجَوَابِ، كهو في الخطبة فيما يحلُّ ويحرم، وحيث جوزنا التَّعريض يجوز سرًّا وعلانيةً.

ومعنى قوله تعالى: ﴿لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥] فالمراد منه: الجماعُ، وهو أن يصف نَفْسَهُ بِالْقُوَّةِ في ذلك الأمرِ.

---

(١) سقط في أ.

بَابُ النَّهْيِ أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَىٰ خِطْبَةِ أَخِيهِ

[رُوِيَ عَن ابْنِ عُمَرَ ـ رَضِيَ الله عَنْهُمَا ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «لاَ يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَىٰ خِطْبَةِ أَخِيهِ][٢].

إذا خطب الرجلُ امرأةً، فأجابتْ ـ لا يجوزُ لغيره خِطْبَتُهَا ما لم يترك الأول، أو يَأْذَنْ، غير أنه لو خَطَبَ ونكح ـ صَحَّ.

ولو رَدَّتِ الأولَ يجوزُ للغيرِ خطبتُها، وكذلك لو سَكَتَتْ، أو لم يُدْرَ أنها أَجَابَتْ، أو رَدَّتْ ـ نجيز للغير خطبتها.

والدليلُ عليه: أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ: «إِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِي». فَلَمَّا حَلَّتْ، أَخْبَرَتْهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ، وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَانِي، فَقَالَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لاَ مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلاَ يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، أَنْكِحِي أُسَامَةَ»[٣]. ومعلومٌ أن فاطمةَ لم تكن أَذِنَتْ لواحدٍ منهما؛ إذ لو أَذِنَتْ لم يَخْطُبْهَا النبيُّ ـ ﷺ ـ على غيرهما، بل كانت سَكَتَتْ.

وقوله في أبي جهم: «لاَ يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ» قيل: أراد به كثير السفر.

وقيل: كثير الضَّرب للنساء. ولم يكن ذلك من بَابِ الغيبة؛ لأن الغيبة أن يَذْكُرَ مساوِئَ رجلٍ من غير غرض، فإن كان لغرضٍ بأن شَاوَرَهُ رَجُلٌ في مُوَاصَلَةِ إنسانٍ، فأخبره بما عرف منه؛ فهو من باب الحِسْبَةِ. وإن لم تُجِبِ الأول صريحًا، ولكن وجد منها ما يدلُّ عليه؛ بأن قالت: استشر في هذا، أو قالت: أنت مرغوب فيك، أو أحدث في شرط العقد ـ فيه قولان:

في القديم: لا يجوزُ للغير خِطْبَتُهَا.

وفي الجديد ـ وهو الأصحُّ: يجوز؛ لأَنَّهَا لم تُصَرِّحْ بالإجابة كما لو سَكَتَتْ، والاعتبار بردِّ المرأةِ وإجابتها، لا برد وليها وإجابته، وإن كانت ثَيِّبًا أو إن كانت بِكْرًا، ووليها غيرُ الأَبِ والجد؛ فإن كانت بكرًا ووليها أَبُوهَا أو جدها ـ فالاعتبار بِرَدِّ الأبِ أو الجدِّ وإجابتهما، ولا اعتبار بردِّ المرأة وإجابتها.

وفي المجنونة: الاعتبار بِرَدِّ السُّلْطَانِ وإجابته، وفي الأمة بِرَدِّ السيدِ وإجابته. والله أعلم.

---

(١) تقدم.

(٢) سقط في أ.

(٣) تقدم.

بَابُ نِكَاحِ المُشْرِكِ

رُوِيَ عَنْ سَالِمٍ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ غَيْلَانَ أَسْلَمَ ـ وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ ـ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ: «أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»(١).

إذا أَسْلَمَ مشركٌ، وتحته كِتَابِيَّةٌ، أو أربعُ كِتَابِيَّاتٍ ـ يدومُ النِّكَاحُ بينهم؛ لأنَّ نِكَاحَ الكتابيةِ في الإسلام جائز.

وإن أسلم، وتحته مَجُوسِيَّةٌ أو وثنيةٌ وتخلَّفت، أو أَسْلَمَتِ المرأةُ وتخلَّفَ الزوجُ على أَيِّ دينٍ كان ـ فإن كان قَبْلَ الدُّخُولِ تتنجز الفرقةُ بينهما، وإن كان بَعْدَ الدُّخول تتوقَّفُ على انقضاءِ العدةِ، فإن أسلم المتخلِّفُ قبل انقضاءِ عِدَّتِهَا ـ فهما على النِّكَاحِ، وإن لم يُسْلِم حَتَّى

---

(١) أخرجه مالك من الموطأ (٢/ ٤٨٨) كتاب الذبائح ـ باب ما جاء في التسمية على الذبيحة حديث (١) هكذا مرسلاً، وأخرجه البخاري (٩/ ٦٣٤) كتاب الذبائح والصيد ـ باب ذبيحة الأعراب ونحوهم ـ حديث (٥٥٠٧) وأبو داود (٣/ ٢٥٤) كتاب الأضاحي ـ باب ما جاء في أكل اللحم لا يدري أذكر اسم الله عليه أم لا ـ حديث (٢٨٢٩) وابن ماجة (٢/ ١٠٥٩ ـ ١٠٦٠) كتاب الذبائح ـ باب التسمية عند الذبح حديث (٣١٧٤) والنسائي (٧/ ٢٣٧) كتاب الضحايا ـ باب ذبيحة من لم يعرف، وابن الجارود ص (٢٩٧) باب ما جاء في الأطعمة (٨٨١) والبيهقي (٩/ ٢٣٩): كتاب الصيد والذبائح باب من ترك التسمية وهو ممن تحل ذبيحته، والدارمي (٢/ ٨٤) كتاب الأضاحي: بـاب اللحم يوجد فلا يدري أذكر اسم الله عليه أم لا: والدارقطني (٤/ ٢٩٦) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٥ ـ بتحقيقنا) من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.

قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ١٧) رقم (١٥٢٥): وسئل أي أبو زرعة عن حديث رواه عبد الرحيم بن سليمان وعبد العزيـز الدراوردي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت قيل يا رسول الله إن الأعراب يأتونا بلحم ولا ندري هل سموا الله عليه أم لا فقال رسول الله ﷺ: «سموا الله عليه وكلوا» قال أبو زرعة الصحيح هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ. مرسل أصح. كذا يرويه مالك وحماد بن سلمة مرسل.

ورجح الدارقطني في «العلل» المرسل أيضًا فقال الحافظ في الفتح (٩/ ٥٥٠).

قال الدارقطني في «العلل»: رواه عبد الرحيم بن سليمان ومحاضر بن الموزع والنضر بن شميل وآخرون عن هشام موصولاً ورواه مالك مرسلاً عن هشام، ووافق مالكًا على إرساله الحمادان وابن عيينة والقطان عن هشام، وهو أشبه بالصواب، وقد ردهما الحافظ في «الفتح» (٩/ ٥٥٠) ورجح الموصول على المرسل فقال.

ويستفاد من صنيع البخاري أن الحديث إذا اختلف في وصله وإرساله حكم للواصل بشرطين أحدهما أن يزيد عدد من وصله على من أرسله، والآخر أن يحتف بقرينة تقوي الرواية الموصولة، لأن عروة معروف بالرواية عن عائشة مشهور بالأخذ عنها، ففي ذلك إشعار بحفظ من وصله عن هشام دون من أرسله. ويؤخذ من صنعه أيضًا أنه وإن اشترط في الصحيح أن يكون راويه من أهل الضبط والإتقان أنه إن كان في الراوي قصور عن ذلك ووافق على رواية ذلك الخبير من هو مثله انجبر ذلك القصور بذلك وصح الحديث على شرطه.

انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ـ بَانَ أن الفرقةَ وقعتْ بإسلام الأول، وخرجت عن الْعِدَّةِ.

وإن أسلما معًا دَامَ النِّكَاحُ بينهما، سواء كان قبلَ الدُّخول أو بعده، والاعتبار باختتام كلمة الإسلام معًا لا بافتتاحها، ولا يختلِّفُ الحكمُ عندنا باختلافِ الدَّارِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ [الاعتبار][1] بالدخول وعدم الدخول، بل إن كَانَا في دَارِ الإسلامِ وَأَسْلَمَ أحدُهما ـ لا تقعُ الْفُرْقَةُ حتى يُعْرَضَ الإسلامُ على المتخلِّف ثلاثًا، فيأبى، أو يَلْتَحِقَ بدارِ الحرب ناقضًا للعهدِ.

وإن كان في دَارِ الحربِ، فحتَّى يلتحقَ المسلمُ بِدَارِ الإسلامِ، أو يمضي لها ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ، وإذا مضت [لها ثلاثةُ أَقْرَاءٍ][2] تقع الفرقةُ الآن، حتى يَجِب عليها العدةُ إن كانت مَدْخُولاً بها.

وكذلك عنده لو دخل كَافِرٌ دَارَ الإسلام لِعقد الذِّمَّة، وزوجته في دَارِ الْحَرْبِ ـ تقع الفرقة بينهما، وهذا لا يصحُّ؛ لأن صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ، وَعِكْرَمَةَ بْنَ أَبِي جَهْلٍ هَرَبَا كافرَيْنِ إلى السَّاحِلِ عام الفتح، وأسلمت امرأتاهما بمكةَ، وأخذتَا الأمانَ لزوجيهما، فقدما، وأسلما؛ فَرَدَّ النبي ـ ﷺ ـ إِلَيْهِمَا امْرَأَتَيْهِمَا مَعَ وُجُودِ اخْتِلَافِ الدَّارِ[3].

ولو قبل الكافرُ لابنه الطِّفْل نِكَاحَ صغيرة، ثم أسلم الأَبَوَانِ ـ **حُكم بإسلام الوالدين** وهما على النِّكَاح، وإن أسلم أحدُهما قبل الآخر، بَطَلَ النكاحُ، وإن قبل لابنه الطفل نِكَاحَ بالغةٍ، ثم أسلم أَبُو الطِّفل معها ـ بطل النِّكَاحُ؛ لأن إسلام الولد يَحْصُلُ عقيب إسلام الأبِ، فيتقدم إسلامُ المرأةِ على إِسْلَامِ الزَّوج.

وإن أسلمت المرأةُ عقيب إسلام الأَبِ في الحال ـ بطل أيضًا؛ لأن إسلامَ الولدِ يَحْصُلُ

---

(١) في أ: لا اعتبار

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٥٤٣ ـ ٥٤٤) كتاب النكاح ـ باب نكاح إذا أسلمت زوجته قبله الحديث (٤٤) و(٤٥) عن ابن شهاب أنه بلغه: «أن نساءكن في عهد رسول الله ﷺ يسلمن بأرضهن وهن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن ثبت الوليد بن المغيرة وكانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فبعث إليه رسول الله ﷺ وذكر القصة مطولة إلى أن قال: «ولم يفرق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح».

قال ابن شهاب: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله ومن طريق مالك أخرجه البيهقي (٨/ ١٨٦ ـ ١٨٧) كتاب النكاح باب من قال لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما.

قال ابن عبد البر: كما في تنوير الحوالك (٢/ ٧٥).

(لا أعلمه يتصل من وجه صحيح، فهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير وابن شهاب إمام أهل السير وكذلك الشعبي وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله).

حكمًا وإسلامها يَحْصُلُ بالقولِ، فالحكمي يكون سَابِقًا؛ فلا يُتَصَوَّرُ وقوعُ إسلامهما معًا.

فلو أسلم مُشْرِكٌ وتحته أكثر من أَرْبَعِ نسوةٍ، فأسلمن مَعَهُ أو تَخَلَّفْنَ وَهُنَّ كِتَابِيَّاتٌ، أو كُنَّ مَجُوسِيَّاتٍ، أو وَثَنِيَّاتٍ، فَأَسْلَمْنَ قبل انقضاءِ عدتهن، وكان بعد الدخول - فعلى الزوج أن يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أربعًا، ويفارق البواقي، سواء نَكَحَهُنَّ في الشِّرْكِ معًا أو على الترتيب.

وإذا نَكَحَهُنَّ على التَّرتيب يجوزُ له إمساكُ الأواخر.

وكذلك لو أسلم وتحته أُخْتَانِ، أو امرأةٌ وعمتها وخالتها؛ فَأَسْلَمَا معه، أو جَمَعَهُمَا الإسلامُ معه في العدة - إن كان بَعْدَ الدُّخُولِ بهما يَخْتَارُ واحدةً منهما، ويفارق الأخرى، سواء نَكَحَهُمَا معًا، أو على الترتيب؛ وله أن يَخْتَارَ التي نَكَحَهَا آخرًا.

وقال أبو حنيفة: [إن أسلم وتحته أكثرُ من أَرْبَعٍ أو أختان][1] فإن نَكَحَهُنَّ معًا، فَنِكَاحُ الْكُلِّ باطل، وإن نَكَحَهُنَّ على التَّرتيب تَعَيَّنَتِ الأُولَيَانِ، وفي الأختين تتعيَّن الأُولى، وخبر غيلان حُجَّةٌ عليه؛ لأن النبي - ﷺ - أَمَرَهُ بإمْسَاكِ أَرْبَعٍ من غيرِ تفصيل.

وَرُوِيَ أَنَّ نَوْفَلَ بْنَ مُعَاوِيَةَ أَسْلَمَ - وَعِنْدَهُ خَمْسُ نِسْوَةٍ - فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - ﷺ -: «فَارِقْ وَاحِدَةً، وَأَمْسِكْ أَرْبَعًا» قَال: «فَعَمِدْتُ إِلَىٰ أَقْدَمِهِنَّ، فَفَارَقْتُهَا»[2].

وروي أن فيروزًا الديلمي أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ، فقال النبيُّ - ﷺ -: «اِخْتَرْ أَيَّهُمَا شِئْتَ، وَفَارِقِ الأُخْـرَىٰ»[3].

ولو كان تحته ثَمَانِ نسوةٍ، ولم يدخل بهن؛ فأسلم معه أَرْبَعٌ منهن؛ قَرَرْنَ تَحْتَهُ، وارتفع نكاحُ المتخلِّفات.

وإن كان بعد الدخول بهن فاجتمعَ إسلامُ أَرْبَعٍ منهن في الْعِدَّةِ - قررن تحته؛ مثل أن أسلم أربعٌ منهن، ثم أَسْلَمَ الزَّوْجُ قبل انقضاءِ عِدَّتِهِنَّ، وتخلَّفت الأُخْرَيَاتُ حتى انقضت عِدَّتُهُنَّ من وَقْتِ إسلام الزَّوج، أو مُتْنَ في الشِّرك - تَعَيَّنَتِ الأولَيَـاتُ.

---

(١) سقط في أ.

(٢) تقدم.

(٣) الذي أسلم على الأختين هو فيروز الديلمي قال: أسلمت وعندي أختان فقال النبي ﷺ: «طلق أيتهما شئت». وفي لفظ بعضهم: «اختر أيتهما شئت» إخرجه أحمد (٤/ ٢٣٢) وأبو داود (٢/ ٦٧٨) كتاب الطلاق باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان الحديث (٢٢٤٣) والترمذي (٣/ ٤٣٦) كتاب النكاح - باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان - الحديث (١١٢٩) و(١١٣٠) وابن ماجة (١/ ٦٢٧) كتاب النكاح - باب الرجل يسلم وعنده أختان الحديث (١٩٥١) والدارقطني (٣/ ٢٧٣) كتاب النكاح - باب المهر - الحديث (١٠٥) والبيهقي (٧/ ١٨٤) كتاب النكاح - باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

ولو أسلم أَرْبَعٌ مِنْهُنَّ، ولم يُسْلِمِ الزَّوجُ حتى انقضتْ عِدَّتُهُنَّ، أو مُتْنَ في الإسلام، ثم أسلم الزوجُ، وَأَسْلَمَتِ الأُخْرَيَاتُ في العِدَّةِ - تعيَّنت الأخرياتُ.

وإن أسلمَ أربعٌ منهن، ثم أَسْلَمَ الزَّوج قبل انقضاء عِدَّتِهِنَّ، ثم أسلمتِ الأُخْرَيَاتُ قبل انقضاء عِدَّتِهِنَّ من وَقْتِ إسلام الزوج - فهو بالخيار؛ إن شاء اختارَ الأولياتِ، وإن شاء اخْتَارَ الأُخْرَيَاتِ، وإن شاء اختار بَعْضَ هؤلاءِ، وَبَعْضَ أولئك، حتى لو أسلمَ أَرْبَعٌ، ثم أسلم الزوجُ في عِدَّتِهِنَّ، ثم مات بَعْضُ مَنْ أسلم، ثم أسلمتِ الأخرياتُ في العِدَّةِ - فله أن يَخْتَارَ الميتاتَ، ويرث مِنْهُنَّ، والاختيار بعد اجتماع الإِسْلامَيْنِ في العِدَّةِ يَكُونُ على التَّرَاخِي، حتى لو وقع[1] بعد انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ - يجوز، ويجوز بعد الموت؛ لأنه لَيْسَ بابتداءِ عَقْدٍ.

وذكر في «الأم» صفة الاختيار، فقال: لو قال: اخْتَرْتُ هَذِهِ، أو اخْتَرْتُ عقد هذه، أو أَمْسَكْتَ هذه، أو أمسكتُ عَقْدَ هَذِهِ، أو ثَبَّتُّ هذه أو ثَبَّتُّ عقد هذه - كان اختيارًا لها.

وإن اختار أربعًا للزَّوجية، انْفَسَخَ نِكَاحُ الْبَوَاقِي، ولا يحتاجُ إلى التَّصريح بِالْفَسْخِ، وإذا اختار أربعًا للفسخ، فقال: اخْتَرْتُ فراقَ هذه - تَعَيَّنَتِ الأخرياتُ للإمساك، وإن لم يُصَرِّحْ بالإمساكِ، ولا معنى لاختياره قبل اجتماعِ الإسلامين، وإن أَسْلَمَ مع أربعٍ، فاختارهن - صح، وارتفع نِكَاحُ المتخلِّفات، وإن فسخَ نِكَاحَ المتخلِّفات صَارَ مختارًا للمسلماتِ.

وإن أَسْلَمَ مَعَ أربع، فاختار فَسْخَ نِكَاحِهِنَّ - لا يجوز؛ لأن الفسخَ بعد الإسلامِ إنما يَجُوزُ فيما زَادَ على الأربعِ.

ولو أَسْلَمَ مع واحدةٍ، فاختارها - صح اختيارها، حتى لو أَسْلَمَتِ الْبَوَاقِي في العدة - لا يختارُ من الْبَوَاقِي إلاَّ ثلاثًا.

ولو أسلم الزوجُ مع واحدة، ومات الزوجُ، ثم أَسْلَمَتِ الْبَوَاقِي - تعينت التي أَسْلَمَتْ مَعَهُ، وَوَرِثَتْ منه.

ولو أسلم مع ثَمَانِ نسوةٍ فطلَّق أربعًا منهن على التَّعيين - صار مُخْتَارًا لهن، وبِنَّ منه بِالطَّلاقِ، وارتفع نِكَاحُ الأخرياتِ جملةً بلا طَلاَقٍ.

ولو طَلَّقَ أربعًا منهن لا على التَّعيين يُؤْمَرُ بِالتَّعيين، فإذا عَيَّنَ أربعًا بِنَّ منه بالطَّلاق، وارتفع نِكَاحُ الأخرياتِ.

ولو ظَاهَرَ أو آلَىٰ عن أربعٍ منهن، فلا يَكُونُ اختيارًا؛ لأنه يمينٌ على الامتناع من الْوَطْءِ، وهي بحالِ الأجنبية أَلْيَقُ.

---

(١) في أ: قطع.

ثم إن اخْتَارَهُنَّ تبين أنهن زَوْجَاتٌ، وصَحَّ ظِهَارُهُ وإيلاؤُه، وإلاَّ فَلاَ حُكْمَ له.

ولو وَطِىءَ أربعًا منهن، هل يَصِيرُ مُخْتَارًا لهن؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: بلى، لأنه [فرع](١) الاختيار.

الثاني ـ وهو الأصح: لا؛ كما لا تحصُلُ الرجعةُ بالوطءِ، وهذا بناء على ما لو طَلَّقَ إحدى امْرَأَتَيْهِ لا بعينها، ثم وَطِىءَ إحداهما، هل يَتَعَيَّنُ الطَّلَاقُ في الأخرى؟ فيه قولان.

فلو وَطِىءَ الكلَّ، إن قلنا: الوطء اختيار، صار مختارًا للأولياتِ، وعليه المهرُ للأخرياتِ.

وإن قلنا: ليس بِاخْتِيَارٍ يختارُ منهنَّ أربعًا، ويغرم المهرَ لِلْبَوَاقِي.

ولو أَسْلَمَ مع أَرْبَعٍ، فطلَّقهن قبل إسلام البواقي ـ صار مختارًا لهن، وبِنَّ بالطَّلاق، وارتفع نِكَاحُ الأخرياتِ؛ كما لو اختار الْمُسْلِمَاتِ صَرِيحًا.

ولو قال للمسلماتِ [معه](٢) فَسَخْتُ نِكَاحَهُنَّ، إن أرادَ بالفسخِ الطَّلاق؛ فهكذا، وإن أراد حلَّه بلا طلاق ـ لا يصح؛ لأن الفسح حلَّه بلا طلاق، ولا يجوزُ إلاَّ فيما زَادَ على الأربع؛ وعدد المسلمات لم يَزِدْ عَلَىٰ الأَرْبَع.

فإن لم تُسْلِم المتخلِّفات يمسكُ هؤلاءِ الأربعَ، وإن أَسْلَمَتِ المتخلفاتُ في العدة، يختارُ من الكلِّ أربعًا، ثم للمتخلِّفات إذا أَسْلَمْنَ أن يدعين عليه أَنَّكَ أَرَدْتَ بالفسخِ الطَّلَاقِ؛ فصرت مختارًا للأولياتِ، ويحلفنه، ولمن أسلم معه أيضًا الدعوى عليه أنك أَرَدْتَ بِهِ الطَّلَاقَ، وبِنَّا منك، ويحلفنه.

وقيل: اختيارُ الأوليات لاَ يَجُوزُ، بل يمسكُ الأخريات؛ لأن بإسلام الأخرياتِ بَانَ أن الفَسْخَ كان صحيحًا في الأولياتِ، والأول المذهب.

ولو أسلمَ الزوجُ ـ وهن مُتَخَلِّفَاتٌ ـ فَأَسْلَمْنَ على الترتيب في عِدَدِهِنَّ ـ فالزوجُ يقولُ لكلِّ واحدةٍ بعد إسلامها: فَسَخْتُ نِكَاحَكِ، فإن أراد بالفسخ الطَّلَاقَ، صار مختارًا للأربعِ الأولياتِ، وبِنَّ منه بالطلاق، وارتفع نِكَاحُ الأخريات حلاًّ(٣) بلا طَلَاقٍ، وإن أراد بالفسخ حلاًّ(٤) بلا طلاق ـ صار مختارًا للأوليات، وَقَرَرْنَ تحته، وارتفع نِكَاحُ الأخريات حلاً(٥) بلا طلاقٍ.

ولو أسلم [الزوجُ](٦) ـ وهن متخلفاتٌ ـ وقال: كُلَّمَا أَسْلَمَتْ واحدةٌ مِنْكُنَّ، فقد

---

(١) في أ: فوق.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: حله.
(٤) في أ: حله.
(٥) في أ: حله.
(٦) سقط في أ.

اخْتَرْتُهَا ـ لا يصح؛ لأن تعليقَ الاختيارِ لا يجوزُ كتعليق النِّكَاحِ والرَّجعة.

ولو قال: كُلَّما أسلمتْ واحدةٌ منكن، فقد طَلَّقْتُهَا، فقد قيلَ: لا يجوزُ؛ لأن الطَّلَاقَ اختيارٌ، وتعليق الاختيار لا يجوزُ، وليس بِصَحِيحٍ، بل المذهبُ جوازُه تغليبًا لِلَفْظِ الطَّلَاقِ؛ كما أن تَعْلِيقَ الإبراءِ لا يجوزُ.

ولو علق عتق المكاتب: يَجُوزُ وإن كان إبراء؛ لغلبة لفظ العتق.

وإذا أسلمت واحدة، صَارَ مختارًا لها، وطلقت، ثم الثَّانية هكذا إلى تَمَامِ الأربعِ، وارتفع نكاحُ الباقياتِ حله بلا طلاق.

ولو قال: كُلَّمَا أَسْلَمَتْ واحدةٌ منكن، فقد فَسَخْتُ نِكَاحَهَا؛ فإن أراد بِالْفَسْخِ الطلاقَ؛ فهكذا يَصِحُّ، وإن أراد حلَّه بلا طلاق، لا يَصِحُّ لمعنيين:

أحدهما: لأن تَعْلِيقَ الْفَسْخِ لا يصحُّ.

والثاني: لأن أوانَ الفسخِ بعد إسلام عدد لا يجوزُ إِمْسَاكُهُنَّ في الإسلام، ولم يوجد.

ولو أسلم الزوجُ مع خمسٍ، فقال: فَسَخْتُ نِكَاحَهُنَّ ـ إن أرادَ به الطَّلاق، صارَ مُخْتَارًا لأربعٍ منهن، وَبِنَّ بالطَّلَاقِ؛ فعليه التَّعيين، وارتفع نِكَاحُ الأخريات.

وإن أراد بالفسخ حلَّه بلا طَلَاقٍ، انفسخ نِكَاحُ واحدةٍ لا بعينها، فإذا أسلمت المتخلِّفاتُ في العدةِ يختارُ من الْخَمْسِ أَرْبَعًا.

ولو قال: فَسَخْتُ نِكَاحَ واحدةٍ منكن، وأراد به الطَّلَاقَ ـ صارَ مختارًا لواحدةٍ لا بعينها؛ فيعينها، وتبين منه، ويختار من البَوَاقِي ثَلَاثًا، وإن أراد حلَّه بلا طَلَاقٍ، صحَّ، فيعينها، ويختار من الْبَوَاقِي أربعًا.

فإن فسخ نكاح اثنتين حله بلا طلاق، ينفسخ نكاح واحدة فيعينها ويختار من البواقي أربعًا.

وإن عَيَّنَ اثْنَتَيْنِ من الخمسِ، فقال: فسختُ نِكَاحَكُما حله بلا طَلَاقٍ ـ ينفسخُ نكاحَ واحدةٍ منهما، فيعيِّن، ثم له اختيارُ أُخْرَىٰ مع ثَلَاثٍ.

ولو قال للخمس: اخْتَرْتُ نِكَاحَ أربعٍ منكن، أو قال: اخْتَرْتُكُنَّ ـ تَعَيَّنَتِ الْمَنْكُوحَاتِ فيهن، فيختارُ منهنَّ أربعًا، وبانت المتخلِّفات

فَصْلٌ فِيمَا لَوْ نَكَحَ مُشْرِكٌ أُمًّا وَٱبْنَتَهَا

إذا نَكَحَ مشركٌ أُمًّا وَابْنَتَها، ثم أَسْلَمُوا معًا ـ نظر؛ إن كان قد دَخَلَ بهما، فهما مُحَرَّمَتَانِ عليه على التَّأْبِيد؛ وإن لم يكن دَخَلَ بواحدةٍ منهما ـ ففيه قولان:

أحدهما: يختارُ أَيَّتَهُمَا شَاءَ؛ كما لو أَسْلَمَ وتحتَه أُخْتَانِ، اختار أَيَّتَهُمَا شَاء؛ لأن عَقْدَ الشِّرْكِ إنما ثَبَتَ له حكمُ الصحة إذا انضمَّ إليه الاختيارُ، فأيهما اختار حكم بِصِحَّةِ نِكَاحِهَا، وبطلانِ نِكَاحِ الأخرى.

فعلى هذا إذا اختَارَ البنتَ كانت الأمُّ محرمةً عليه على التَّأْبِيدِ، وإذا اخْتَارَ الأُمَّ ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخول ـ جاز له نِكَاحُ البنتِ.

والقولُ الثاني ـ وهو الأصح، واختيار المزني: تَتَعَيَّنُ البنتُ للإمساكِ، ويجوزُ إمساكُ الأم؛ لأن العقد على البنت يُحَرِّمُ الأُمَّ، والعقدَ عَلَى الأمِّ لا يحرمُ البنتَ، بخلاف الأُخْتَيْنِ؛ لأن الْعَقْدَ عَلَىٰ كُلِّ واحدةٍ منهما لا يحرمُ الأخرى على التَّأْبِيدِ، ولا فرق على القولين بين أن يَكُونَ نِكَاحُهُما معًا، أو على الترتيب. وقيل: أصلُ القولين أن أَنْكِحَةَ المشركينَ هل يُعْطَىٰ لها حُكْمُ الصِّحَّةِ أم لا؟

فيه جوابان:

أصحهما: لها حُكْمُ الصِّحَّةِ؛ بدليل أنا نُقِرُّهُمْ عليها بعد الإِسْلام.

والثاني: لا يحكم لها بِالصِّحَّةِ حتى يُدْرِكَهَا الإسلامُ، فيعفى عما مَضَى.

فإن قلنا: يعطى لها حُكم الصِّحة يختارُ الْبِنْتَ، وإلاَّ فيختار أَيَّتَهُمَا شَاءَ، والمذهب أن القولين لا يثبتان على هَذَا الأصلِ، وأنكحة الشِّرك لها حكمُ الصِّحَّة؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩]، وقال: ﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ [المسد: ٤] أضاف إلى الْكَافِرِ زوجته.

وبدليل أنا نُقِرُّهُمْ على ذلك النِّكَاحِ بعد الإسلام من غَيْرِ استئنافِ عَقْدٍ.

ولو ترافعوا إلينا لاَ نَحْكُمُ ببطلانه، وأن المشركَ لو طَلَّقَ امرأتَهُ ثلاثًا ـ لا تحلُّ له إلاَّ بعد زوج آخر، وإن نكح في الشِّرْكِ زوجًا آخر فأصابها ـ حَلَّتْ له.

وإن كان قد دَخَلَ بإحديهما ثم أسلموا ـ نظر؛ إن كان قد دَخَلَ بالبنتِ قَرَّتْ تحته لا يختلفُ القولُ فيه، والأم محرمة عليه على التأبيد.

وإن كان قد دَخَلَ بالأم، فالبنتُ محرمةٌ عليه، وهل له إمساكُ الأم؟ يبنى على الْقَوْلَيْنِ فيما إذا لم يَكُنْ قد دَخَلَ بواحدةٍ منهما.

إن قلنا هناك: يمسك أَيَّتهما شاء، فها هنا يُمْسِكُ الأمَّ.

وإن قلنا هناك: تتعين البنتُ للإمساك، فها هنا لا يجوز إمساكُ الأم؛ لأنها حُرِّمَتْ بالعقدِ على الْبِنْتِ، [ولها][1] مَهْرُ الْمِثْلِ بالدُّخول.

---

(١) في أ: ولا لها.

فرع ابن الحداد، وقال: إذا نَكَحَ أمًّا وابنتها، فَأَسْلَمُوا قبلَ الدُّخول، فإن قلنا: يمسكُ البنت، لا يجبُ عليه مَهْرُ الأم؛ لأن النِّكَاحَ في حَقِّهَا لم يرتفعْ باختيارِهِ.

وإن قلنا: يختارُ أَيَّتَهُمَا شَاءَ، فإذا اختار إحديهما غرم نِصْفَ المهرِ للأخرى، وكذلك في الأُخْتَيْنِ قبل الدُّخول، إذا اخْتَارَ إحديهما غرم نِصْفَ المهرِ للأخرىٰ، إن كان قد سَمَّىٰ لها صَدَاقًا، وإن لم يُسَمِّ، فالمتعةُ؛ لأن النِّكَاحَ ارتفع في حَقِّهَا باختياره.

قال أصحابنا: هذا يبنى على أن أنكحةَ الشِّرْكِ، هل لها حكمُ لصحة [أم لا][1]؟

إن قلنا: لها حكم الصِّحَّةِ، فإذا اختار إِحْدَىٰ الأُخْتَيْنِ، غرم نِصْفَ المهرِ للأخرى، وإن لم نحكم لها بِالصِّحَّةِ، فلا مَهْرَ عَلَيْهِ للأخرىٰ، وفي الأم والبنت إن لم يُعْطَ لها حُكْمُ الصِّحَّةِ فاختار أحداهما ـ فلا مَهْرَ للأخرىٰ.

وإن قلنا: لها حكمُ الصحة، فيمسك البنتَ، ويغرم للأم نِصْفَ الْمَهْرِ.

وكذلك لو أسلم ذميٌّ وتحته حُرَّةٌ وأمةٌ أَسْلَمَتَا معه قَبْلَ الدخول ـ تَتَعَيَّنُ الحرة للإمساكِ، ولا مهر للأمة عند ابن الحداد.

وعند الآخرين: يبنى على هذا الأَصْلِ إن قلنا: أنكحةُ الشِّرْكِ لها حكمُ الصحة يَجِبُ نِصْفُ المهرِ للأمة، وإلاَّ فلا.

فَصْلٌ فيما إذا نَكَحَ حر في الشرك أمة

إذا نَكَحَ حرٌّ في الشِّركِ أمةً، ثم أسلمَ قبل الدخول، وَتَخَلَّفَتْ هي ـ تتنجز الفرقةُ، سواء كانت كِتَابِيَّةً أو مَجُوسِيَّةً؛ لأنه لا يجوزُ للمسلمِ نِكَاحُ الأمةِ الكتابيةِ، وهي والوثنية سَوَاءٌ.

فإذا أَسْلَمَا مَعًا أو كان بَعْدَ الدُّخول أسلم أَحَدُهُمَا، ثم أسلمَ الآخر قبل انْقِضَاءِ العدة ـ نظر؛ إن كان الزوجُ وَقْتَ اجتماعِ الإسلامين معسرًا، يَخَافُ على نَفْسِهِ الْعَنَتَ ـ جاز له إمساكُها، وإن كان موسرًا، أو غير خائف من العنت ـ بطل نكاحُها؛ لأنه لا يجوزُ ابتداءُ نكاحها في هذه الحالة.

قال أبو ثور: يجوزُ له إمساكُها؛ لأنه ليس بابتداءِ النِّكَاحِ؛ كما يجوزُ الرجعةُ في هَذِهِ الحالةِ.

---

(١) سقط في أ.

ولو أسلم أحدُهما ـ وهو موسر ـ ثم أَسْلَمَ الآخرُ ـ وهو معسرٌ ـ خائفٌ من الْعَنَتِ ـ جاز له إمساكها، فإن أسلمَ الأولُ ـ وهو معسر ـ ثم أسلم الآخر ـ وهو مُوسِرٌ ـ لا يجوز له إمساكُها؛ لأن الاعتبارَ بوقت اجتماعِ الإسلامين، سواء تَقَدَّمَ إسلامُه أو إسلامُها.

وإن كانت الأمةُ كتابيةً فتخلَّفت، وكان بَعْدَ الدُّخول بها ـ نظر؛ إن لم يَتَغَيَّرْ حَالُهَا حتى انقضت عِدَّتُهَا ـ بَانَ أن النِّكَاحَ ارْتَفَعَ بإسلامِهِ.

وإن تَغَيَّرَ حَالُهَا، نظر إن عتقت في الْعِدَّةِ ولم تُسْلِمْ ـ جاز له إمساكُها، وإن أسلمت ولم تعتق فله إمساكها، إن كَانَ وَقْتَ إسلامها معسرًا خائفًا من العَنَتِ.

ولو نَكَحَ حُرٌّ في الشِّرك أَرْبَعَ إِمَاءٍ، ثم أَسْلَمَ وأسلمن معه، واجتمع إسلامُه وإسلامُهن في الْعِدَّةِ، إن كان بَعْدَ الدُّخول، وإن كان وَقْتَ اجتماعِ إسلامه وإسلامهن معسرًا خائفًا من الْعَنَتِ ـ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وإن كان وَقْتَ اجتماع الإسلامين موسرًا، أو غير خَائِفٍ من الْعَنَتِ ـ ارتفع نِكَاحُ الكلِّ، سواء تَقَدَّمَ إسلامُه أو إسلامُهن.

ولو أَسْلَمَ مع واحدةٍ وهو مُعْسِرٌ خائفٌ من الْعَنَتِ، ثم أسلمتِ الثَّانية وهو موسرٌ، ثم أسلمت الثالثةُ وهو معسر، ثم الرابعةُ وهو مُوسِرٌ ـ اختار؛ إما الأولى أو الثالثة، وبَطَلَ نِكَاحُ الثَّانية والرابعة.

ولو أسلم مع واحدة [وهو معسرٌ][1] وطلَّقها ـ صار مختارًا لها، وارتفع نِكَاحُ الأُخْرَيَاتِ.

ولو قال: فسختُ نِكَاحَهَا وأراد به الطلاق ـ فكذلك، وإن أراد حله بلا طلاق ـ لا يصح؛ لأن الفسخَ حله بلا طَلَاقٍ في الإماءِ؛ إنما يَجُوزُ في الزيادةِ على الْوَاحِدَةِ، كما في الْحَرَائِرِ إنما يجوزُ في الزيادة على الأربع.

فإذا أسلمت البواقي في الْعِدَّةِ يختارُ من الْكُلِّ واحدة أيتهن شاء.

وقيل: لا يجوزُ اختيار الأولى إذا أَسْلَمَتِ الْبَوَاقِي، بل يختارُ مِنَ الثَّلَاثِ واحدةً؛ لأن بإسلامِ البواقي تبينًا أَنَّ هَذِهِ كانت زائدةً، وصَحَّ فسخُ نِكَاحِهَا.

فإن لم تسلم البواقي، تَعَيَّنَتْ هَذِهِ بِالإِمْسَاكِ، والفسخُ باطلٌ والأول المذهب أن الفسخ فيها بَاطِلٌ بِكُلِّ حال.

ولو نَكَحَ في الشِّرْكِ حُرَّةً وأربَع إماء ثم أسلموا ـ نظر؛ إن وجد إسلام الْحُرَّةِ مع الزوج في العدة ـ تعيَّنت الحرةُ بالإمساك، وبطل نِكَاحُ الإماءِ، سواء تقدَّم إسلامُ الإماءِ أو تأَخَّر، أو

---

(١) سقط في أ.

تخلَّل بين إسلامِ الزَّوج والحرَّة زمان، حَتَّىٰ لو أَسْلَمَ الزوجُ مع الْحُرَّةِ.

[فإذا][١] أسلمت [معه][٢] في الْعِدَّةِ وماتت إن كان بَعْدَ الدخول، ثم أَسْلَمَتِ الإماءُ ـ لم يكن له اختيار واحدة منهن؛ لأن نِكَاحَهُنَّ قد بَطَلَ باجتماعِ إسلام الْحُرَّةِ معه في الْعِدَّةِ، وإن لم يجتمع إسلامُ الحرة معه في الْعِدَّةِ بأن أَسْلَمَ الزَّوْجُ وماتت الحرةُ في الشِّرْكِ، أو انقضت عِدَّتُهَا، أو أسلمت الْحُرَّةُ أولاً، وتخلَّف الزَّوْجُ حَتَّىٰ مَاتَتِ الحرةُ، أو انقضتْ عِدَّتُهَا ـ فالحرة كالمعدومة فيختار الزَّوْجُ واحدةً من الإِمَاءِ مِمَّنِ اجْتَمَعَ إسلامُه معها في العدة، إن كان مُعْسِرًا خائفًا من الْعَنَتِ وَقْتَ اجتماعِ الإسلامين.

فإن قيل: إن أَسْلَمَ مع الحرةِ، وماتت الحرةُ، ثم أسلمت الإماءُ، قلتم: لا يجوزُ إمساكُ وَاحِدَةٍ منهن، وقلتم: لو كان تحته إِمَاءٌ، فأسلم وهو موسر، ثم أعسر وأسلمن ـ جاز له إِمْسَاكُ واحدةٍ منهن؛ فجعلتم الحرة الميتةَ كالحيَّة في منع اخْتِيَارِ الأمةِ، ولم تجعلوا الْيَسَارَ الْفَائِتَ قبل إسلامهن كالموجود بعد إِسْلَامِهِنَّ في مَنْعِ إِسْلامِ الأمةِ، وَسَوَّيْتُمْ بين وُجُودِ طَوْلِ الحرةِ، ووجود الْحُرَّةِ في مَنْعِ نكاح الأَمَةِ.

قلنا: جعل ابن خيران في الْيَسَارِ الفائت قولين، والمذهبُ أن اليسارَ الفائتَ لا يجعلُ كالقائم؛ لأن المالَ الذي لا يَتَعَيَّنُ للمتعةِ لا يرفعُ نِكَاحَ الإماءِ، والحرة في نِكَاحِهِ تَنَعَتُهُ الاستمتاعَ؛ [فوقع][٣] نكاحُ الإماءِ.

أما في مَنْعِ [بيانِ][٤] ابتداءِ نِكَاحِ الأمة ـ يستوي وجودُ الْحُرَّةِ في نِكَاحِهِ، والقدرة على صَدَاقِهَا لِضَعْفِ الابتداءِ.

ولو أسلم الزوجُ مع الإماء، وتخلَّفت الحرةُ بعد الدخول ـ لم يَكُنْ له اختيارُ واحدةٍ من الإماء، ما لم يَقَعِ اليأسُ عن الْحُرَّةِ بموتها، أو انقضاء عِدَّتِهَا، حتى لو أسلمَ الزوجُ مع الإماء، ثم عتقت الإماء ـ لم يكن له اختيارُ واحدةٍ منهن، ما لم يتبين أمر الْحُرَّةِ، فإن ماتت الحرةُ في الشرك، .أو انقضت عدتها ـ يَخْتَارُ وَاحِدَةً من الإِمَاءِ، إذا كان معسرًا يوم إسلامه وإسلامهن، وإن عتقن؛ لأنهن كُنَّ أَرِقَّاءَ وَقْتَ اجتماعِ إسلام الزَّوْج وإسلامهن.

فلو اختارَ واحدةً من الإماءِ قبل أن يَتَبَيَّنَ حَالَ الْحُرَّةِ ـ نظر إن أسلمت الْحُرَّةُ في العدة، فالاختيارُ بَاطِلٌ، وإن ماتت في الشِّرْكِ أو انقضتْ عِدَّتُهَا.

قال الشَّافعي ـ رضي الله عنه ـ: يثبت.

[فمن أصحابنا مَنْ قَالَ: يثبت، وهو الأصح إن ذلك الاختيار باطل.

---

(١) في أ: أو.
(٢) في أ: بعده.
(٣) في أ: فرقع.
(٤) سقط في أ.

وقوله: «يثبت» يعني: باخْتِيَارٍ جَدِيدٍ][١] ومن أصحابنا مَنْ قال: يثبتُ بالاختيارِ السَّابق وجعل هذا القائل في وَقْتِ الاختيارِ قولين؛ بناء عَلَىٰ نِكَاحِ الْمُرْتَابَةِ، وهذا جَوَابٌ على قولنا: إن المرتابة إذا نَكَحَتْ يكون موقوفًا.

وعند الْمُزَنِيِّ: الاخْتِيَارُ مَوْقُوفٌ.

وإن ماتت الْحُرَّةُ، أو انقضت عِدَّتُهَا بالشِّرك ـ بَانَ أنه كان صَحِيحًا.

ولو نَكَحَ في الشِّرْكِ أربَعَ إماءٍ وعتقت الإماءُ ـ نُظِرَ إن عتقن بعد اجتماعِ الإسلامين فليس له اختيارُ واحدةٍ منهنَّ بشرط الإعسار، وخوف العنت وإن عتقن قبل اجتماعِ الإسلامَيْن بأن عتقن ثم أَسْلَمْنَ، أو أسلمن أولاً ثم عتقن، ثم أسلم الزوجُ ـ له إمساكُ الْكُلِّ، حتى لو كانت تحته حُرَّةٌ وأربعُ إماءٍ، فعتقت الإماءُ قَبْلَ اجتماع إسلامهنَّ مَعَ الزَّوج، ثم اجتمعَ إِسْلَامُهُنَّ في الْعِدَّةِ مع الْحُرَّةِ والزَّوج ـ فهو كمن أسلم عن خَمْسِ نِسْوَةٍ؛ يختارُ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا.

ولو أَسْلَمَ الزَّوجُ وعتقت واحدةٌ، ثم أسلمت الْبَوَاقِي وعتقن ـ تَعَيَّنَتِ الأُولَىٰ للإمساكِ؛ لأنها كانت حُرَّةً وَقْتَ اجتماعِ الإسلامين.

ولو أَسْلَمَ الزَّوجُ مع واحدة، ثم عتقت، ثم عتق الباقيات، وأَسْلَمْنَ الأخرياتُ ـ فليس له إِمْسَاكُ الأُولَىٰ.

وكذلك لو أَسْلَمَ الزَّوج، ثم عتقت منهنَّ اثنتان، ثم أَسْلَمَتَا، ثم أسلمت الأخريان، ثم عتقتا ـ يمسك الأوليين، وليس له إمساكُ الأخريين.

وعلى عكسه لو أسلم [الزوج][٢] ثم أسلمت اثْنَتَانِ، ثم عتقتا، ثم عتقت الأخريانِ ثم أسلمتا ـ تتعين الأخريان للإمساكِ؛ لأنهما كانتا حُرَّتَيْنِ وَقْتَ اجتماعِ الإسلامَيْن.

فَصْلٌ فِي نِكَاحِ العَبْدِ الْمُشْرِكِ

إذا أسلم عبدٌ مشركٌ، وتحته أكثرُ من امرأتين، فَأَسْلَمْنَ معه، أو أسلمت في الْعِدَّةِ إن كان بعد الدخول، أو أسلمن أوَّلاً، ثم أَسْلَمَ الزَّوْجُ قبل انقضاءِ عِدَّتِهِنَّ ـ عليه أن يَخْتَارَ منهن اثنتين، سَوَاءٌ كُنَّ حَرَائِرَ أو إماء، أو بعضُهن حَرَائِرَ وبعضُهن إماء، فإن شَاءَ اختار حُرَّتَيْنِ، [وإن شاء][٣] أَمَتَيْنِ، وإن شاء حُرَّةً وأمةً.

ولو عتق العبدُ، وقد تزوج في الشِّرْكِ أربعًا، ففيه ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

---

(٣) سقط في أ.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أو اختار.

إحداها: أن يَتَزَوَّجَ أربع حَرَائِرَ.

الثانية: أن يَتَزَوَّجَ أربعَ إِمَاء.

الثالثة: أن يتزوج حُرَّتَيْنِ وَأَمَتَيْنِ.

فإن تَزَوَّجَ أربعَ حَرَائِرَ، نظر؛ إن عتق قبل اجْتِمَاعِ إسلامهن؛ بأن عتق ثم أسلم وَأَسْلَمْنَ، أو أسلمَ وعتق، ثم أَسْلَمْنَ، أو أسلمن وعتق ثم أسلم ـ فله إمساكُ الأَرْبَعِ.

ولو أسلمَ مع واحدةٍ، ثم عتق، ثم أسلمت الْبَوَاقِي ـ له إمساكُ الأربع، ولو أسلم مع اثْنَتَيْنِ، ثم عتق، ثم أسلمتِ الباقيتان ـ ليس له إلاَّ اختيارُ اثْنَتَيْنِ، فإن شَاءَ أَمْسَكَ الأوليينِ، وإن شَاءَ أَمْسَكَ الأخريين وإن شَاءَ واحدةً من الأوليين، وواحدةً من الأُخْرَيَيْنِ، بخلاف الصُّورة الأولى إذا أسلم مع واحدة، ثم عتق ثم أسلمت البواقي ـ جاز له إمساكُ الأربع، لأن هناك حالة العتق كان قد بَقِيَ من عدد الرق وَاحِدٌ.

وإذا أسلم مع اثْنَتَيْنِ، ثم عتق، فقد تَمَّ عدد الرق قبل العتقِ، فلا يؤثِّر العتقُ في زيادة العدد وحده، وهو أنه مهما تَغَيَّرَ الحالُ، وقد بقي شيءٌ من عدد المغير والمغير لمجموعهما ـ فالمغير يظهرُ أَثَرُهُ بالتَّكميل إن كان عتقًا، وبِالتَّنْقِيصِ إن كان رقًّا، ومهما تَغَيَّرَ الحالُ ولم يبق من عدد أحدهما شيْءٌ ـ فلا يظهرُ أثرُ المغير هاهنا.

فإذا أسلم مع واحدة، ثم عتق ـ فقد جاء المغير وهو الحرية، وقد بقي من عدده ثَلاَثَةٌ، ومن عدد المغير وهو الرق واحدة، فأثر في التكميل لوجود أَصْلٍ يستندُ إليه، فإذا أسلم مع اثنتين ثم عتق، جاء المغير، ولم يبق من عدد المغير وهو الرقُّ شَيءٌ؛ فلم يظهرْ أَثَرُ المغيرِ.

وعلى هذا لو أن عبدًا طَلَّقَ امرأتَهُ طلقةً، [ثم نَكَحَهَا بعد عتقه][1] ـ يملك عليها طلقتين؛ لأن العتقَ المغير جاء وقد بقي من عدد الرق والحرية شيء؛ فأثر في التَّكْمِيلِ.

فإن طلَّقها طَلْقَتَيْنِ، ثم عتق ـ لا يملك عليها شَيْئًا؛ لأن العتقَ جَاءَ، ولم يبق من عدد الرِّقِّ شيء، وكذلك الأمةُ عِدَّتُهَا قرآن، فإن عتقت في خِلاَلِ الْقُرْءَيْنِ تكمل ثلاثة أقراء؛ لأن المغير وهو العتقُ جاء وقد بقي شَيْءٌ من عِدَّةِ الحرائر وَالإِمَاءِ جميعًا، فإن عتقت بعد الْمُقْرْءَيْنِ فَلاَ شَيْءَ عليها.

وفرع ابنُ الحدادِ عليه: لو أن ذميًا طلَّق زوجته طَلْقَتَيْنِ، ثم نقض العهدُ، والتحق بدار الحرب، فاسترقَّ، ونكح تلك المرأة ـ يملك عليها طلقة؛ لأن المغير وهو الرق جاء ولم يبق من عَدَدِهِ شَيْءٌ؛ فلم يؤثر المغير في التَّنْقِيصِ.

---

(١) في أ: ثم عتق ثم نكحه.

ولو طلَّقها طلقةً، ثم نقض العهد واسترقَّ ونكحها ـ لا يملكُ عليها إلاَّ طلقةً؛ لأن المغير جاء وقد بَقِيَ شيءٌ من عددِ المغير والمغير جميعًا، فظهر أثرُ المغير في تَنْقِيصِ العددِ، فالمغير ها هنا هو الرقُّ، فأثر في نُقْصَانِ العدد.

وفي المسائل المتقدمة المغير هو الحريَّةُ، فأثر في التكميل.

المسألة الثانية: إذا تَزَوَّجَ العبدُ أَرْبَعَ إماءٍ، فإن وجد اجتماع الإسلامَيْن وهو رقيق، ثم عتق يختارُ منهن اثنتين، وإن كان وقت اجتماع الإسلامين حرًّا وهن حَرَائِرُ ـ له إمساكُ الأَرْبَعِ، وإن كان حرًّا وهن حَرَائِرُ ـ له إمساكُ الأَرْبَعِ، وإن كان حرًّا وهن أرقَّاءُ ـ ليس له إلاَّ إمساكُ واحدةٍ بشرط الإعسارِ، وخَوْفَ الْعَنَتِ.

بيانه: إذا أسلم وأسلمن، ثم عتق ـ يُمْسِكُ اثْنَتَيْنِ منهن، سَوَاءٌ عتقن من بعده أو لم يعتقن، ولو عتق وعتقن، ثم أَسْلَمَ وأَسْلَمْنَ، أو وُجِدَ الْعِتْقُ بين الإِسْلاَمَيْنِ، أو عتق وأسلم، ثم عتقن ـ فله إمساك الأربع. فأما إذا عتق وأسلم، أو أسلم وعتق، ثم أسلمن وعتقن، أو أَسْلَمْنَ أولاً ثم عتقن ـ لم يكن له إلاَّ إمساكُ واحدةٍ بعد أن يكون معسرًا خائفًا من الْعَنَتِ.

ولو أسلم مع واحدةٍ، ثم عتق، ثم أَسْلَمَتِ الْبَوَاقِي، ثم عتقن بعد إسلامهن، أو لم يعتقن ـ تَعَيَّنَتِ الأولى، ولو أَسْلَمَ مع وَاحِدَةٍ، ثم عتق، ثم عتقت البواقي، ثم أسلمن ـ قال الشيخ: يجوزُ له إمساكُ الْكُلِّ؛ لأنه لم يَسْتَوْفِ عدد الرقِّ قبل الْعِتْقِ، وحين عتق كانت الأُوْلَى قد أسلمت، وكان له إمساكُها؛ لأنه كان رقيقًا يوم اجتماع إسلاميهما، والباقيات كُنَّ حَرَائِرَ يوم اجْتِمَاعِ إسلامه وإسلامهن وهو حُرٌّ، وكان له إمساكُهن؛ لأن إِدْخَالَ الحرائِرِ على [الإماء][1] ـ لا يجوزُ.

وإن أَسْلَمَ مع اثنتين، ثم عتق، ثم أسلمت البواقي، ثم عتقن ـ لم يكن له إلاَّ إمساكُ الأُوَلَيَيْنِ.

قال [علي][2] ـ رضي الله عنه ـ: ولو أَسْلَمَ مع اثنتين، ثم عتق الأخريان ثم أسلمتا ـ لم يكن له إلاَّ إمساكُ اثنتين؛ لأنه استوفى عددَ الرِّقِّ قبل الْعِتْقِ، ولكن إن شاء أمسك الأوليين، وإن شَاءَ أَمْسَكَ الأخريين، وإن شاء واحدةً من الأوليين، وواحد من الأُخْرَيَيْنِ؛ لأن الأخريين كانتا حُرَّتَيْنِ وَقْتَ اجتماعِ الإسلامين؛ كما لو كان تحته أربعُ حَرَائِرَ، فأسلم مع اثنتين ثم عتق ثم أسلمت الأخريان ـ يختارُ اثْنَتَيْنِ من أَيِّهِمَا شَاءَ.

المسألة الثالثة: إذا نَكَحَ العبدُ [المشركُ][3] حُرَّتَيْنِ وَأَمَتَيْنِ ـ نظر؛ إن وجد اجتماع إسلامهن وهو حُرٌّ تعينت الْحُرَّتَانِ للإمساك؛ مثل إن عتق ثم أسلم وأسلمن، أو أسلم وعتق

---

(١) في أ: الأمه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: في الشرك.

ثم أَسْلَمْنَ، أو أسلمن ثم عتق وأسلم ـ يُمْسِكُ الْحُرَّتَيْنِ.

وإن أسلم مع حرة وأمة، ثم عتق ثم أسلمت الأخريان فله أن يُمْسِكَ إحدى الْحُرَّتَيْنِ مع الأمة الأولى، وإنما لم يجز إمساك الاثنتين؛ لأنه استوفى عدد الرقِّ قبل الحرية، وإنما لم يجز إمساكُ الأمةِ الثَّانيةِ؛ لأنه كان حُرًّا حين أسلمت الأمـةُ الثانيةُ، فلم يجز له إمساكُ الأمةِ، وفي حكم نكاحه حرة، وجاز له إمساكُ الأَمَةِ الأُولَىٰ؛ لأنه كان رقيقًا وَقْتَ إسلامها.

قال الشيخ: ولو أراد إمساكُ الْحُرَّتَيْنِ دون الأمة ـ يجوز؛ كما لو أَسْلَمَ مع حُرَّتَيْنِ ثم عتق، ثم أَسْلَمَتِ الْحُرَّتَانِ الأخريان ـ له أن يَخْتَارَ أيَّ الْحُرَّتَيْنِ شَاءَ.

فَصْلٌ فِي خِيَارِ العِتْقِ

إذا نَكَحَ العبدُ في الشِّرْكِ أمةً، ثم وجد الإسلام، وعتقت الأمةُ بعد الدخول ـ فلا يَخْلُـو؛ إما أن يَتَقَدَّمَ إسلامُها، أو إسلامُ الزَّوْجِ.

فإن تقدم إسلامها؛ فلا يخلو إما أن أَسْلَمَتْ ثم عتقت، أو عتقت ثم أسلمت، فإن أَسْلَمَتْ ثم عتقت، والزوج مُتَخَلِّفٌ ـ فإن اختارت المقام معه؛ لا يجوز لمعنيين:

أحدهما: لأنها جَارِيَةٌ في البينونةِ، فاختيارُ المقام لاَ يُلاَئِمُ حَالَهَا.

والثاني: لأنها مسلمةٌ لا يجوز قرارُها تَحْتَ الْكَافِرِ، وبهذا الاختيارُ لا يبطلُ حَقَّهَا من الفسخ. وإن اختارت الفراقَ في الحال ـ يجوز؛ لأنه يُلاَئِمُ حَالَهَا، ولا تُكَلَّفُ الصَّبْرَ حتى يَتَبَيَّنَ حَالُ الزَّوجِ؛ لأنه إذا أَسْلَمَ في العدةِ، ثم اخْتَارَتِ الفراقَ ـ تَطُولُ عليها العدةُ.

فإذا عَجَّلَتِ الفراقَ، نظر إن أَسْلَمَ الزَّوجُ قبل انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا من وقت إسلامها ـ فَعِدَّتُهَا من وَقْتِ اختيارِ الْفَسْخِ عِدَّةُ الحرائر، وإن أسلم بَعْدَ انقضاءِ الْعِدَّةِ ـ فَعِدَّتُهَا من وَقْتِ إسلامها، ولا [عدة][1] لاختيارها الْفُرَاقَ؛ لأن الْبَيْنُونَةَ وقعت قبل ذلك.

وعدتها عِدَّةُ الحرائِرِ أم عِدَّةُ الإِمَاءِ.

اختلف أصحابُنا فيه: منهم من قال: حكمُها حكمُ الرَّجْعِيَّةِ إذا عتقت في خِلاَلِ العدةِ، ففي الجديد: تكمل عدةُ الحرائر.

وفي القديم قولان!

وشبهها بالرَّجعية؛ من حَيْثُ إن عِدَّتَهَا تعرضُ للارتفاع بإسلام الزوج؛ كعدة الرجعية بالمراجعة؛ ولأنها تَسْتَحِقُّ النفقةَ في هذه الْحَالَةِ كالرَّجعيَّةِ.

---

(١) في أ: حكم.

ومنهم من قال: حكمُها حكمُ الْبَائِنَـةِ إذا عتقت في العدة.

ففي القديم: يقتصرُ على عِدَّةِ الإماءِ. وفي الجديد قولان؛ لأنا نحكمُ بعد انْقِضَاءِ العدةِ بوقوعِ البينونةِ من وقت إسلامها؛ كالبائنة لا تكون بَيْنُونَتُهَا بانقضاءِ الْعِدَّةِ، بخلاف الرَّجعيةِ؛ فإنها تَتَبيَّنُ بعد انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

ثم هاهنا لا خلاف أنها لا تستأنفُ العدة من وَقْتِ اخْتِيَارِ الفراقِ؛ لأنه إذا لم يسلم حتى انقضت عِدَّتُهَا - بَانَ أن الاختيارَ لم يَكُنْ صَحِيحاً، بخلاف الرَّجعية إذا عتقت، فَاخْتَارَتِ الفراقَ تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ في قولٍ؛ لأن ذلك الاختيارَ صَحِيحٌ، وله أثرٌ وهو قَطْعُ الرَّجعة.

فأما إذا أرادت تَأْخِيرَ الْفَسْخِ إلى أن يَتَبَيَّنَ حالُ الزَّوجِ - يجوز، [ولا يبطل][1] به خِيَارُهَا؛ كالرَّجعية إذا عتقت في الْعِدَّةِ، لها تأخيرُ الاختيارِ على تَبْيِينِ حالِ الزَّوجِ، هل يُرَاجِعُهَا أم لا؟.

ثم إن لم يُسْلِمِ الزَّوجُ حتى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا سَقَطَ الاختيارُ، وعدتها من وقت إسلامها. وتكون عدة الْحَرَائِرِ [أم عدة الإماء؟ فعلى الاختلافِ الذي ذكرنا.

وإن أسلمَ الزوجُ قبل انقضاءِ عِدَّتِهَا، فلها خيارُ الْفَسْخِ، وعدتها من وَقْتِ الاختيارِ عِدَّةُ الْحَرَائِرِ][2]، فأما إذا عتقت ثم أسلمت - والزوج مُتَخَلِّفٌ - لا يجوزُ لها اختيارُ المقام؛ لما ذكرنا من المعنيين.

فإذا عجلت الفراق يَجُوزُ، ثم إن أسلم الزوجُ قبل انقضاءِ عِدَّتِهَا، فعدتُها عدةُ الْحَرَائِرِ من وقت الاختيار، فإن أَسْلَمَ بعد انقضاء عِدَّتِهَا، فعدتُها من وقت إسلامها عِدَّةُ الْحَرَائِرِ، وإن أرادتْ تأخيرَ الْفَسْخِ على تَبَيُّنِ حال الزوج - يجوز، ثم إن أسلم قبل انقضاءِ الْعِدَّةِ فهما على النِّكاح، فإذا فسخت فعدتها من وَقْتِ الْفَسْخِ عدةُ الْحَرَائِرِ، وإن لم يسلم حَتَّىٰ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا - فعدتها من وقت إسلامها عِدَّةُ الْحَرَائِرِ.

وأما إذا تقدَّم إسلامُ الزَّوجِ - نظر إن أَسْلَمَتْ بعده ثم عتقت - فلها الخيارُ في الْحالِ هذه أمة عتقت تحت عبد، ولحكمه بَابٌ مفردٌ، سيأتي إن شاء الله تعالى.

---

(١) في أ: ويبطل.
(٢) سقط في أ.

وإن عتقت قبل الإسلام، فأخَّرت الاختيارُ - جاز، ثم إن أسلمتْ قبل انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا من وقت إسلام الزوج، فَاخْتَارَتِ الفراقَ - فعدَّتها من الآن عِدَّةُ الْحَرَائِرِ.

وإن لم تسلم حتى انْقَضَت عِدَّتُهَا بَانَ أن الفرقةَ وقعت بإسلام الزَّوج، وعدتها من ذَلِكَ الوقتِ عدةُ الْحَرَائِرِ، أم عدةُ الإماءِ؟ فعلى ما سبق من الاختلاف.

ولو أنها اخْتَارَتِ المقامَ، أو الفراقَ قبل إسلامها - فَظَاهِرُ النَّصِّ يدلُّ على أنه لا يجوزُ واحدٌ منهما.

فذهب بعضُ أصحابنا: إلى ظاهره، وقال: اختيارُ المقام لا يجوزُ؛ لأنها جَارِيَةٌ في الْبَيْنُونَةِ، فالمقامُ لا يلائمُ حَالَهَا، واختيار الفراقِ لاَ يَجُوزُ؛ لأنه يمكنه أن يُسْلِمَ، ثم يختارُ الفراقَ، بخلاف ما لو تَقَدَّمَ إسلامُها والزَّوْجُ مُتَخَلِّفٌ - جَازَ لها اختيارُ الْفَسْخِ في الحال؛ لأن إسلامَ الزَّوج [ليس][1] بِيَدِهَا.

والصحيحُ من المذهبِ أن اخْتِيَارَ المقامِ لا يجوزُ، واختيار الفراقِ يَجُوزُ؛ لأنه يلائمُ حالها؛ كما لو تَقَدَّمَ إسلامُها، وتخلَّف الزَّوْجُ.

وقول الشَّافعي - رضي الله عنه -: فاخترن فراقه والمقام معه، ثم أسلمن - خُيِّرْنَ.

جوابه: يرجعُ إلى اختيار المقام.

وقيل: لم يذكر الشَّافعي - رضي الله عنه - «فاخترن فراقه» بل قال: فاخترن المقامَ معه، فإذا اختارتِ الفراقَ، ثم أسلمت قبل انقضاء عدتها - فَعِدَّتُهَا من وقت الاختيار عِدَّةُ الْحَرَائِرِ.

وإن لم يسلم حتى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، فعدَّتُهَا من وقْتِ إسلام الزَّوْجِ عِدَّةُ الْحَرَائِرِ، أم عدةُ الإِمَاءِ؟ فعلى ما سبق من الاختلاف.

ولو أَسْلَمَ الزَّوجُ العبدُ، هل يثبتُ الخيارُ لزوجته الكافرة، حرة كانت أو أمة، أسلمت أو لم تسلم، وهي كتابية؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها رَضِيَتْ بِرِقِّهِ، ولم يَحْدُثْ فيها عِتْقٌ.

والثاني: يَثْبُتُ وعليه نَصّ حيث قال: ولو كان عنده إماء وحرائرُ، ولم يخترن فِرَاقَهُ؛ وذلك لأن الرِّقَّ نَقَائِصُ في الإسلام ليست في الكفر، وهي لم تَرْضَ بها، فمن قال بالأول قال: جوابه يَرْجِعُ إلى الإماءِ إذا عتقن.

---

(١) سقط في أ.

فَصْلٌ فيما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة

إذا أسلم عَنْ أَكْثرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على الأربع بنفس الإسلام؛ فيؤمر بالاختيار، فإن لم يَخْتَرْ حُبِسَ، فإن امتنع من الحبس عُزِّرَ، وإن امتنع بعد التَّعْزِيرِ عُزِّرَ ثانيًا وثالثًا إلى أن يَخْتَارَ؛ لأنه حَقٌّ وَجَبَ عليه، فإن أغمي عليه في الحبس يُخَلَّىٰ سبيلُه حتى يفيق؛ لأنه خَرَجَ عن أن يَكُونَ له اختيارٌ، فإذا أفاق رُدَّ إلى الْحَبْسِ، ولا يختارُ عليه الحاكم؛ لأنه اختيارُ تَشَهٍّ وَلاَ يَدْرِي الحاكمُ أَيَّتَهُنَّ آثر عنده.

وكذلك لا يجوزُ التَّوكيلُ فيه، بخلاف [التَّوكيل](١) إذا لم يَفِ ولم يُطَلِّقْ، يُطَلِّقُ عليه الحاكمُ؛ لأنه حَقُّ فرقةٍ ثبتت لمستحقة متعينة، وها هنا حَقُّ الفرقةِ ليس لواحدةٍ بعينها حتى يوصله إليها، وإلى أن يَخْتَارَ تجبُ عَلَيْهِ نفقةُ كُلِّهِنَّ؛ لأنهن في حياله وحَبْسِهِ.

وَكُلُّ واحدة بفرض أن تَكُونَ المزوجة(٢) فإذا اخْتَارَ أربعًا، تَبَيَّنَ انقطاعُ الباقياتِ من وقت إسلامِ مُتَقَدِّمِ الإسلام منهما، أعني: من الزوج، وممن يرتفع نِكَاحُهَا، وعدتهن من أيِّ وقت تكون؟ اختلف أصحابُنا فيه: منهم من قال ـ وهو الأصحُ ـ: من وقتِ الاختيار.

ومنهم من قال: مِنْ وَقْتِ الإسلامِ، إن أَسْلَمْنَ والزوجُ معًا، وإن تقدَّم إسلامُ أحدهما، فمن وقت إسلامِ مُتَقَدِّمِ الإسلامِ منهما.

وإن كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ، فتخلَّفن من وقت إسلامه؛ لأن الْحَيْلُولَةَ وقعت بينهما من ذلك الْوَقْتُ ـ قال الشيخ. ويمكن بناؤه على ما لو طَلَّقَ إِحْدَىٰ امْرَأَتَيْهِ لا بعينها، ثم عَيَّنَ ـ فَعِدَّتُهَا من وَقْتِ التَّعيين، أو من وقت(٣) تَلَفَّظَ بالطَّلاق؟ فيه قولان:

فإن قلنا هناك: من وقت التَّعْيِينِ ـ وهو الأصح ـ فها هنا يَكُونُ من وِقْتِ الاختيار.

وإن قلنا هناك: من حين تَلَفَّظَ فها هنا من حين أَسْلَمَ السَّابِقُ منهما. وإن أسلم مع أربع، فَاخْتَارَهُنَّ ـ جاز، ثم نظر؛ إن لم تُسْلِمِ الْمُتَخَلِّفَاتُ حتى انْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ ـ بَانَ أن النكاحَ ارتفعَ بينه وبينهن بإسلامه، وانقضت عِدَّتُهُنَّ من ذلك الوقت.

وإن أسلمن قبل انقضاء عِدَّتِهِنَّ، فالفرقةُ وقعت بينه وبينهن باختيارِ الأُولَيَاتِ، وَعِدَّتُهُنَّ من وَقْتِ الاختيارِ.

ولو أَسْلَمَ معهن، أو اجتمعَ إسلامُه وإسلامُهن في الْعِدَّةِ، فمات الزوجُ قبل الاختيار

---

(١) في أ: المولى.
(٢) في أ: زوجة.
(٣) في أ: حين.

ـ لا يقوم وارثُه مقامه في الاختيارِ، ثم الكلام في فصلين: في الْعِدَّةِ، والْمِيرَاثِ.

أما العدةُ: إن لم يكن قد دَخَلَ بهنَّ، فعلى كُلِّ واحدة أن تَعْتَدَّ بأربعة أشهر وعشر من وقت موته؛ لأن كُلَّ واحدةٍ بين أن تَكُونَ أجنبيةً؛ فلا عدة عليها، وبين أن تَكُونَ زَوْجَةً فعليها عِدَّةُ الوفاةِ؛ فيحتاط لإيجابها.

وإن كان بعد الدُّخُولِ بِهِنَّ، فكلُّ مَنْ كانت حَامِلاً تنقضي عِدَّتُهَا بوضع الحمل.

ومن كانت حائلاً، نظر؛ إن كانت من ذَوَاتِ الأشهر، فعليها أن تَعْتَدَّ بأربعةِ أشهر وعشر من وقت الموت، وإن كانت من ذَوَاتِ الأقراءِ؛ فعليها أن تَعْتَدَّ بِأَقْصَىٰ الأَجَلَيْنِ من أربعة أشهرٍ وَعَشْر فيها ثِلاَثُ حِيَضٍ، فأيهما تَمَّ أولاً عليها إكمالُ الثَّاني؛ لأن كُلَّ واحدةٍ بين أن تكون زوجةً فعليها عدةُ الوفاةِ، أو مفارقة في الحياة؛ فعليها أن تَعْتَدَّ بِثَلاَثَةِ أَقْرَاءٍ.

غير أن مُضِيَّ الأشهرِ تعيَّن من وقت الْوَفَاةِ، والأقراء من أَيِّ وقت تُعتبر؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: تعتبرُ من وَقْتِ الموتِ أيضًا.

والثاني: من وَقْتِ إسلام مُتَقَدِّمِ الإسلامِ منهما، حتى لو مضى لها قُرْءٌ في حَيَاةِ الزَّوج بعد الإسلام تَعْتَدُّ بعد حياته بأربعة أشهر وعشر فيهما قُرْآنِ، ولا يتصورُ في الأم والبنت اجتماعُ الْعِدَّتَيْنِ على وَاحِدٍ.

أما الميراثُ: فيوقف لهن ربعُ الميراث، إن لم يكن له وَلَدٌ، فإن كان له وَلَدٌ فَالثُّمُنُ، حتى يَصْطَلِحْنَ، بخلاف النَّفَقة لا توقف؛ لأن التَّفْرِيطَ من جهته بتركِ الاختيارِ، ولا تفريط في الموتِ، فإن كُنَّ ثمانيةً، فجاءت واحدةٌ أو اثنتانِ أو ثَلاَثٌ أو أربعٌ، وَطَلَبْنَ شيئًا من الْمِيرَاثِ، لا يُعطين؛ لاحتمال أن الزَّوْجَاتِ غيرُهن.

وإن طلب خَمْسٌ منهنَّ يُعطى إليهن رُبُعُ الموقوفِ؛ لأنا نعلم أَنَّ فيهن زَوْجَتَيْنِ وإن طلب سِتٌّ يُعطين نصفَ الموقوف؛ لأنا نعلمُ أَنَّ فيهنَّ زَوْجَتَيْنِ، وإن طلبا سَبْعٌ فَثَلاَثَةُ أَرْبَاعِ الْمَوْقُوفِ.

وإن كُنَّ عشرًا، فجاء خَمْسٌ أو سِتٌّ، فطلبن شيئًا ـ لا يعطين.

فإن جاء تسع[1] وطَلَبْنَ يُعْطَىٰ إليهن الربعُ، وهل يعطين من غير إِبْرَاءٍ؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: لا، حتى يَنْقَطِعَ الْخُصُومَةِ.

والثاني: يعطينَ من غير إبراءٍ ـ وهو الأصح؛ لأن منهن مَنْ يَسْتَحِقُّ هذا الْقَدْرَ.

وإن كُنَّ ثمانية فيهن صغيرةٌ، أو مولى عليها، فإن أعطيتِ الصغيرةُ ربعَ الموقوف

---

(١) في أ: سبع.

فَنِعِمَّا، وإن لم تُعْطَ، فلا يرضى وليُّها بأقل من ثَمَنِ الموقوفِ؛ لأنهن إذا اقْتَسَمْنَ على التَّسوية، فيكون لكلِّ واحدةٍ ثُمُنُهُ، فلا يجوز أن يَبْخَسَ حَقَّ الصَّغِيرَةِ، فيرضى بأقل منه.

ولو كان تحته ثمانِ زوجاتٍ: أربعٌ كِتَابِيَّاتٌ، وأربعٌ مَجُوسِيَّاتٌ أو وَثَنِيَّاتٌ، فأسلم مع الْمَجُوسِيَّاتِ أو الوثنيَّات.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: أو [كان تحته ثمان نسوة][1] كُلُّهن كتابياتٌ، فأسلم مع أَرْبَعٍ منهن، وتخلَّفت الكتابياتُ ـ فإن شاء اخْتَارَ الكتابياتِ، وإن شَاءَ اخْتَارَ اللاَّتِي أَسْلَمْنَ معه. فلو مَاتَ قبل الاختيار:

من أصحابنا من قال: لا يوقف للزوجاتِ شَيْءٌ، بل تُقَسَّمُ التركةُ بين سائر الْوَرَثَةِ؛ لأن الوقفَ حيث يَتَحَقَّقُ الاستحقاقُ، وها هنا لا يتحقَّق؛ لأنه يجوزُ أن تكون الكتابياتُ هُنَّ الزوجاتِ، فلا تَرِثُ منه زوجةٌ.

ومنهم من قال: يُوقَفُ؛ كما لو أَسْلَمْنَ معه جميعًا، ثم مَاتَ؛ لأن الزَّوجية [حقيقية][2] الْكِتَابِيَّاتِ.

ولو مات ذِمِيٌّ كتابيٌّ أو مجوسيٌّ عن أكثر من أَرْبَعِ نسوةٍ.

قال صاحب «التلخيص»: كان الربعُ أو الثُّمن بينهن جميعًا؛ قلته تخريجًا.

وذهب جماعةٌ من أصحابنا إلى أنه لا يَرِثُ منهنَّ إلاَّ أربعٌ، فيوقف حتى يَصْطَلِحْنَ؛ كما لو أسلم مَعَهُنَّ، فمات قَبْلَ الاختيارِ؛ إذ لا فرق بين الإسلام وبين التَّرافع إلينا، فإن اقتسمن بينهن قبل الترافع إلينا ـ لا ننقضه.

وقال الشَّيخ القفَّال ـ رحمه الله ـ: هذا يبنى على أن أَنْكِحَةَ الكفَّار هل يحكم بصحَّتها أم لا؟

إن قلنا: لا يحكمُ لها بِالصِّحَّةِ، فلا يرثُ منهنَّ إلاَّ أربعٌ ويوقف.

وإن قلنا: لها حكمُ الصِّحَّةِ، ورث الكلُّ.

أما المجوسيُّ إذا نَكَحَ إماء ومات، فهل تَرِثُ المرأةُ منه؟

من أصحابنا من بَنَىٰ على هذا الأصل.

وإن قلنا: لها حكمُ الصِّحَّةِ ورثتْ، وإلاَّ فلا.

والمذهب: أنها لا ترثُ قولاً واحدًا؛ لأنه ليس في شيء من الأديان، ولا يتصوَّر التقريرُ عليه في الإسلام.

---

(١) سقط في أ.

(١) في أ: غير حقيقية.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وكذلك لو نَكَحَ في الشِّرْكِ في العدةِ، ومات قبل انقضاءِ العدَّةِ ـ لا ترثُ؛ لأنه لا يقرُّ عليه لو [أسلم](١).

فَصْلٌ فيما لو أسلم وَتَحْتَهُ مجوسية

إذا أسلمَ وتحته مجوسيةٌ أو وثنيةٌ، فتخلَّفت، وكان بعد الدُّخول بها، فَنَكَحَ أختَها المسلمةَ وأربعًا سواها قبل انقضاء عِدَّتِهَا ـ لا يصحُّ.

وكذلك لو طَلَّقَ امرأتَهُ في الشِّرك طلاقًا رجعيًا، ثم أسلم وَنَكَحَ أختَها أو أربعًا سواها في عِدَّتِهَا ـ لا يصح؛ لأن زوالَ [النكاح](٢) غيرُ مُسْتَيْقَنٍ.

قال المزنيُّ ـ رحمه الله ـ: يكون النِّكَاحُ موقوفًا، فإن أسلمت المتخلفةُ في الْعِدَّةِ ـ بَانَ أنه بَاطِلٌ، وإن لم تسلم حتى انقضَتْ عِدَّتُهَا ـ بَانَ أنه صحيحٌ، ولا يتكرر وقفُ النِّكَاحِ؛ كما أن نِكَاحِ المتخلفة موقوفٌ.

قلنا: الوقف في نِكَاحِ المتخلِّفة وقف الحلِّ والزوالِ، وذلك جَائِزٌ، وفيما نحن فيه وقف العقد؛ كما أن زَوَالَ نِكَاحِ الرجعيةِ موقوفٌ على انقضاءِ عِدَّتِهَا، ولا يجوزُ نكاحُ أختها موقوفًا عليه.

فأما إذا أسلمت المرأةُ، وتخلَّفَ الزوجُ؛ إما في صُلْبِ النِّكَاح، أو في عِدَّةِ الرجعيةِ، فتزوج الزوجُ المتخلفُ أختها، أو أربعًا سِوَاهَا في عِدَّتِهَا، ثم أسلمَ مع الأخرى ـ نظر؛ إن أسلم بعد انقضاءِ عِدَّةِ مَنْ أسلمت أولاً ـ قرت الأخرى تَحْتَهُ، وإن أَسْلَمَ في عِدَّتِهَا يختار أيَّتهما شَاءَ، وإن كان قد نَكَحَ أربعًا يختارُ من الْكُلِّ أربعًا؛ كما لو أسلم وتحته أُخْتَانِ، أو أكثر من أَرْبَعِ نسوةٍ، بخلاف ما لو أسلمَ الزوجُ أولاً، ونكح أختها؛ لأنه نَكَحَ في الإسلام، وهو يعتقدُ تَحْرِيمَ نِكَاحِ الأخت على الأختِ.

ولو أسلم أحدُ الزَّوجين، وتخلَّف الآخرُ بعد الدخول بها، وطلَّقها في الْعِدَّةِ ـ فالطلاقُ مَوْقُوفٌ، فإن جمعهما، إسلامٌ في العدة. [بَانَ أن الطَّلاقَ وَاقِعٌ وتعتـد من ذلك الوقت، وإن لم يَجْمَعْهُمَا إسلامٌ حَتَّىٰ انْقَضَتِ العدة(٣)] بان أن الطَّلاقَ غيرُ واقعٍ.

وكذلك لو ظَاهَرَ عنها أو آلَىٰ عنها ـ فموقوفٌ، وإن لم يجمعهما إسلامٌ فلا ظِهَارَ، ولا إيلاء، ولا لعان في القذف، ويعزر إن كانت المرأةُ هي المتخلِّفَةَ على القذفِ، ويُحَدُّ إن كان

---

(٢) في أ: أسلما.

(٣) في أ: نكاح المتخلفة.

(١) سقط في أ:

هو المتخلِّفُ. وإن جمعهما الإسلامُ بَانَ أنها زوجته، وصحَّ الظهارُ والإيلاءُ، وله اللِّعَانُ لإسقاطِ الحدِّ والتعزير.

فَصْلٌ فيما لو أسلم أحد الزوجين بعد الدخول

إذا أسلمَ أحدُ الزَّوجين بعد الدُّخول ـ فلها المهرُ؛ لأنه استقرَّ بالدُّخولِ، وإن أَسْلَمَ قَبْلَ الدُّخُولِ، نظر؛ إن أَسْلَمَ الزوجُ حيث لا يدومُ النِّكَاحُ بينهما، فعليه نصفُ الْمَهْرِ الْمُسَمَّىٰ إن كان صَحِيحًا، وإن كان فاسدًا فنصفُ مَهْرِ المثلِ، وإن لم يكن فَرَضَ لها شيئًا فالمتعةُ.

وإن أسلمتِ المرأةُ، وَتَخَلَّفَ الزوجُ ـ فلا مهر لها؛ لأن ارتفاعَ النِّكَاح إذا كان من قِبَلِهَا قبل الدخول ـ فلا يكُونُ لها مَهْرٌ؛ كما لو ارتدَّت.

فلو اختلفا فَقَالَ الزَّوْجُ: أسلمتُ أولاً فلا مَهْرَ لك، فقالت: بل أسلمتُ أولاً فعليك نِصْفُ المهر ـ فالقولُ قولُها مع يمينها؛ لأن الأصل وُجُوبُ مهرها.

ولو قالت: لا أدري أينا أَسْلَمَ أولاً، فلا مَهْرَ لها، فلو قالت بعده: تَذَكَّرْتُ أسلمَ الـزوجُ أولاً ـ حلفت، وأَخَذَتِ المهرَ.

ولو قالا: لا نعلم أينا أَسْلَمَ أولاً، فالنِّكاحُ يَنْفَسِخُ لاتفاقهما على سَبْقِ إسلامِ أَحَدِهِمَا.

ثم إن كان: قبل أَخْذِ الصَّداقِ، فلا تأخذُ المرأةُ منه شَيْئًا؛ لاحتمال سَبْقِ [إسلامِ أحدهما][1] فإن كانت قد قبضت، فليس لِلزَّوْجِ أن يَسْتَرِدَّ منها إلاَّ النِّصْف؛ لاحتمال سَبْقِ إسْلَامِهِ.

ولو اختلفا في بَقَاءِ النِّكَاحِ، فقالت المرأةُ: أسلم أَحَدُنَا قبل الآخر، فَلاَ نِكَاحَ بيننا [ولو][2] كان قبل الدخول، وقال الزوجُ: بل أَسْلَمْنَا معًا ـ فالقولُ قولُ مَنْ يكون؟ فيه قولان:

أصحهما ـ وهو اختيارُ الْمُزَنِيِّ: القولُ قولُ الزَّوج مع يمينه؛ لأن الأصلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

والثاني: القولُ قولُها مع يمينها؛ لأن الظَّاهر معها، من حيث إنه يَنْدُرُ وقوعُ إسلامهما مَعًا.

واستنبط أصحابُنا من هذا حَدَّ المدعى والمدعى عليه، [فجعلوه عَلَىٰ جَوَابَيْنِ:

---

(١) في أ: إسلامها.
(٢) سقط في أ.

أحدهما: المدعي مَنْ لو سكت تُرِكَ، والمدعى عليه][1] مَنْ لا يترك وسكوته فعلى هذا القول قول الزوج؛ لأن المرأةَ لو سكتت تُرِكَتْ، فكانت هي الْمُدَّعِيَةَ.

والثاني: المدعي [مَنْ يَدَّعِي أمرًا باطنًا، والمدَّعَىٰ عليه من يَدَّعِي أمرًا ظاهرًا، فعلى هذا القول قولُها مع يمينها؛ لأن الرَّجلُ يَدَّعِي][2] أمرًا باطنًا، وهو وقوعُ الإِسْلاَمَيْنِ مَعًا، فكان هو الْمُدَّعِي.

ولو قَال الزوجُ: أسلم أحدُنا قبل الآخر، وقالت: بَلْ معًا ـ ارْتَفَعَ النِّكَاحُ بقوله، ودعواها في المهر مَسْمُوعَةٌ، والقولُ قولُ مَنْ يكون؟ فعلى القولين.

ولو قالا: لا ندري أَسْلَمْنَا معًا، أو أَحَدُنَا قبلَ الآخرِ ـ فهما على النِّكَاحِ؛ لأن الأصلَ بَقَاؤُهُ.

ولو أسلمتِ المرأةُ بَعْدَ الدُّخول، ثم أسلمَ الزَّوجُ، واختلفا، فقال الزَّوْجُ: أَسْلَمْتُ قبلَ انقضاءِ العدَّة، وقالت: أسلمت بَعْدَهُ ـ نظر إن اتَّفَقَا على وَقْتِ انْقِضَاءِ العدَّةِ مثلاً؛ أنها انْقَضَتْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فقال الزوج: أسلمت يوم الخميس، وقالت: بل يوم السبت ـ فالقولُ قولُها مع يَمِينِهَا؛ لأنهما اتَّفَقَا على صِدْقِهَا فيما تَدَّعِيهِ لنفسها، واختلفا في إسلامه، والأصلُ بقاءُ كُفْرِهِ.

ولو اتفقا على أنه أسلمَ يوم الجمعة، واختلفا في انْقِضَاءِ العدة، فقالت المرأة: انقضت عِدَّتِي يومَ الخميس، وقال: بل يَوْمَ السَّبْتِ ـ فالقولُ قولُه مع يمينه؛ لاتفاقهما على صِدْقِهِ فيما يَدَّعِيهِ من إسلامه، واختلفا في انْقِضَاءِ العدةِ، والأصلُ بقاؤُها، ولو لم يتفقا على شَيْءٍ، بل يقولُ الرجلُ: أسلمت قبل انقضاء عِدَّتِكِ، والمرأةُ تقول: انْقَضَتْ عِدَّتِي قبل إسلامكَ ـ فالقولُ قولُ مَنْ سَبَقَ بالدعوة، فإن قالت المرأة أولاً: انقضت عِدَّتِي قبل إِسْلاَمِكَ، ثم ادَّعى الرجلُ أنه أسلم قبل انقضاء عِدَّتِهَا ـ فالقولُ قولُها مع يمينها، ويجعل كأنَّ الزوجَ أَنْشَأَ الإسلامَ حالة الدَّعْوَىٰ.

وإن قال الزوجُ أولاً: أسلمتُ قبل انقضاءِ الْعِدَّةِ، ثم قالت المرأةُ: انقضت عِدَّتِي قبل إسلامك نظر إن قَالَتْ بَعْدَهُ بزمان ـ فالقولُ قولُه مع يمينه.

وإن قالت ارتجالاً، فالقولُ قولُها مع يمينها، لأنا نجعل[3] قوله: أسلمت كأنه يُنْشِئُ الإسلامَ الآن؛ لأن إِنْشَاءَهُ يكونُ بالقولِ كالإقرار به، ويجعل قولها: انقضت عِدَّتِي إخبارًا؛

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: أنها تجعل.

لأن انقضاءَ العدة لا يكونُ بالقولِ، فيكون الانقضاءُ سابقًا على الإخبارِ، فيصير كأن إِسْلاَمَهُ وانقضاءَ عدتها وَقَعَا معًا، فلا يكونُ النكاحُ باقيًا؛ لأن الإسلام لم يُصَادِفْ شَيْئًا من الْعِدَّةِ.

وكذلك لو ارتدَّ الزوجُ بعد الدخول، وغاب، ثم عَادَ مُسْلِمًا بعد انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، فاختلفا ـ فهو على هذا التفصيل.

وكذلك لو اخْتَلَفَ [الزَّوجانِ][1] في الرَّجْعَةِ، وانقضاءِ العدَّة، فقال الزوج: رَاجَعْتُكِ قبل انقضاءِ عِدَّتِكِ، وقالت: بل بعده.

وَنَصَّ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في الرَّجعة والرِّدة؛ أن القولَ قولُها مع يَمِينِهَا، ونصَّ ها هنا أن القولَ قولُه، فمنهم مَنْ جَعَلَ القولَ في الْكُلِّ قولين، [والصحيح][2] أنه على حَالَيْنِ؛ حيث قال: «القولُ قولُه»، أراد إذا اتفقا على وَقْتِ إسلامه ورجعته، واختلفا في وَقْتِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

وحيث قال: «القولُ قولُها» أراد به إذا اتَّفَقَا على وَقْتِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، واختلفا في وقت إسلامه وَرَجْعَتِهِ.

ومنهم مَنْ قال على حَالَيْنِ من وجه آخر؛ حيث قال: «القولُ قولُه» أراد به إذا كان هو السَّابِقَ في الدَّعوى، وحيث قال: «القولُ قولُها» أراد به إن كانت هِيَ السَّابِقَةِ.

فَصْلٌ في إمساك عقود المشركين بعد الإسلام

إِنَّما يجوزُ إمساكُ المرأةِ بعد الإسلام بعقد مَضَىٰ في الشِّرْكِ، إذا عَقَدُوهُ في الشِّرْكِ على وجه، ويعتقدون صِحَّتَهُ، ثم وجد الإسلام، والمبطل غير قائم، حتى لو عقدوه بلا وَلِيٍّ ولا شَاهِدٍ، وبإجبار غيرِ الأبِ والجدِّ، وبإجبار الثَّيِّبِ، وهم يَعْتَقِدُونَهُ، ثم أسلموا ـ يُقَرُّونَ عليه.

ولو قَهَرَ رَجُلٌ امرأةً على نَفْسِهَا، أو طَاوَعَتْهُ، وهم يعتقدونه نِكَاحًا، فأسلما ـ يُقَرَّانِ عليه، وإن لم يَعْتَقِدُوهُ فَلاَ.

ولو رَاجَعَ رجعية في الْقُرْءِ الخامسِ، وهم يَعْتَقِدُونَ أن العدةَ خمسةُ أَقْرَاءِ ـ يُقَرُّونَ عليه. ولو نَكَحَ المطلقة ثلاثًا قبلَ زَوْجٍ آخر، ثم أسلما ـ لا يُقَرَّانِ عليه؛ لأن المبطل قائم؛ كما لو نَكَحَ أمًّا وأختًا ثم أسلما ـ لا يُقَرَّانِ عليه.

ولو نَكَحَ امرأةً في عِدَّةِ الغيرِ، أو بشرطِ الخيارِ لهما معًا أو لأحدهما، ثم أَسْلَمَا بعد

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: والأصح.

انقضاءِ الْعِدَّةِ، ومضيِّ زَمَانِ الخيارِ ـ يُقَرَّانِ عَلَيْهِ، وإن كان قَبْلَ انقضاءِ الْعِدَّةِ بِزمانِ الخيارِ ـ فَلَا يُقَرَّانِ؛ لأن المبطَل قَائِمٌ.

ولو أَسْلَمَ أحدُهما ـ ومدةُ العدةُ والخيارِ باقية ـ ثم أَسْلَمَ الثَّاني بعد انقضائها ـ لا يَقُرَّانِ، وكان شيخي ـ رحمه الله ـ يقول: يُقَرَّانِ، ويشترطُ بقاءُ الْمُبْطِلِ بعد اجْتِمَاعِ الإسلامَيْنِ، من وقت إسلامها.

قال الشيخ: وكذلك إذا كُنَّا أكثر من أربعة نسوة فأسلمن ـ يجوز اختيار الموطوءة في العدة الثانية إذا أسلم الزوج وأحرم، ثم أسلمت المرأة في العدة، نص على أنه يجوز إمساكها في حال الإحرام وإن كان لا يجوز ابتداء النكاح في الإحرام وإن كن أكثر من أربع فأسلمن؛ وهو محرم ـ له أن يختار أربعًا منهن: اختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: يجوز الإمساك والاختيار في الإحرام؛ كما تجوز الرجعة.

والثاني: لا يجوز كما لا يجوز ابتداء النكاح.

ومنهم من قال: لا يجوز الإمساك والاختيار في الإحرام قولاً واحدًا، بل قد يقع النكاح؛ كما لو يجوز ابتداء النكاح وكما لو أسلم حر، وتحته أمة وهو موسر ـ لا يجوز إمساكها، كما لا يجوز ابتداء نكاح الأمة مع اليسار.

وحمل النص على ما لو أسلم وأسلمن معه، ثم أحرم قبل الاختيار ـ جاز أن يختار في حال الإحرام؛ لأن الاختيار ثبت له حاله الإسلام وهو غير محرم في تلك الحالة.

ولو أسلم الزوج بعد الدخول، ثم ارتد نظر إن لم تسلم المرأة؛ حتى انقضت عدتها ـ بانت منه باختلاف الدين الأول، والعدة من تلك الحالة. وإن أسلمت المرأة قبل انقضاء عدتها.

ولو نَكَحَ نِكَاحَ متعةٍ، ثم أسلما، إن اعتقدوا تَأْبِيدَهُ ـ أُقِرَّا عليه، وإلاَّ فَيُقَرَّانِ عَلَيْهِ، سواء كانت المدةُ باقيةً أو منقضيةٍ؛ لأنها إن كانت بَاقِيَةً، فالمطبلُ قَائِمٌ، وإن كانت مُنْقَضِيَةً، فاعتقادُهم ارتفاعُ النِّكَاحِ بانقضائها.

وكذلك لو نَكَحَهَا على شَرْطِ أنهما بالخيار، أو أحدهما أبدًا ـ لا يُقَرَّانِ عليه.

وَكُلُّ امرأةٍ جَازَ نكاحُها في الإسلام ـ جاز إمساكُها بعقد مَضَىٰ في الشِّرْكِ على اعتقادهم، وكلُّ امرأةٍ لا يجوزُ ـ ابتداء ـ نكاحُها في الإسلام، لا يجوزُ استدامةُ نِكَاحِهَا بعد إسلامها بعقد مضى في الشِّرْكِ إلاَّ في مَسْأَلَتَيْنِ.

إحداهما: إذا أسلمت [المرأةُ][(١)] بعد الدخول، فَوُطِئَتْ بِالشُّبْهَةِ، ثم أسلم الزوجُ في العدة ـ له استدامةُ نِكَاحِهَا، وإن كَانَ لاَ يَجُوزُ ـ ابتداء ـ نكاحُ المعتدَّةِ، ثم إِنْ أَسْلَمَ الزوجُ قبل انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا من الزَّوج بان أن عِدَّتَهَا من وَطْءِ الشبهة، وإن لم يسلم حتى انقضت عدتها من الزوج، بان أن عدتها من الزَّوج، وتستأنف العدة من وَطْءِ الشُّبهة ومن حين انْقَضَتِ عدةُ الزَّوج من وقت إسلامه، سقط حكمُ العدَّةِ الأُولَىٰ وتستأنف العدةَ من حين ارْتِدَادِ الزَّوجِ، ويقف النِّكَاحُ على إسلامه، وانقضاء العدة.

فإن عَادَ إلى الإسلامِ قبل انقضاء عِدَّتِهَا من وقت رِدَّتِهِ ـ فهما على النِّكَاحِ.

وإن لم يُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ العدةُ ـ بَانَ أن الفرقةَ وَقَعَتْ بينهما بِارْتِدَادِهِ، والعدة من تلك الْحَالَةِ.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: هذه مسألةٌ ثالثة يفرقُ فيها حكم الابتداء والاستدامة وأن ـ ابتداء ـ نكاح المرتدةِ لا يَنْعَقِدُ على الوقف، ويوقف في الدَّوَام.

ولو أسلم عن أكثرِ مِنْ أربعِ بعد الدخول، ثم ارْتَدَّ، ثم أسلمن في الْعِدَّةِ ـ لا يجوز الاختيارُ في الرِّدَّةِ، وكذلك لو أسلَمَ وأسلمن معه، ثم ارتدَّ قبل الاختيار ـ لا يجوز الاختيارُ في الرِّدَّةِ؛ كما لا تجوزُ الرجعةُ في الرِّدَّةِ، بخلاف الإحرام، ويجوزُ فيه الاختيارُ؛ لأنه لاَ يُنَافِي الرَّجْعَةَ.

قال الشيخ: بل يتوقفُ، فإن عَادَ إلى الإسلامِ في العدة يَخْتَارُ.

قال ـ رحمه الله: ولو قَالَ في حَالِ الردة: طَلَّقْتُ أربعًا مِنكُنَّ ـ يتوقف، فإن جمعهم الإسلامُ في العدة تَعَيَّنَ النِّكَاحُ في المطلقاتِ، وَبِنَّ منه بِالطَّلاَقِ.

وإن كان طَلَّقَ أربعًا لا على التَّعْيِين ـ يقال: اختر، فإذا اخْتَارَ أربعًا طُلِّقْنَ مِنْهُ، وإن كان الاختيارُ في الردة لا يصحُ ولا يتوقف؛ لأن الطَّلاَقَ له غَلَبَةٌ كما سبق.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: فإن فَسَخَ نكاحَ أربعِ أراد حله بلا طلاق ـ نظر؛ إن لم يُعَيِّنْ فلا معنى له، وإن عَيَّنَ يتوقف، فإن جمعهم الإسلامُ تَعَيَّنَتَ الأخرياتُ لِلْنِّكَاحِ، وإن كان الاختيارُ على الوقف ـ لا يجوز؛ لأن الاختيارَ لاَ يُلاَئِمُ حَالَهَا فلم [يعلم][(٢)] والفسخُ يُلاَئِمُ حَالَهَا [فعلم][(٣)]، فبقيت الأخرياتُ مُنْفَرِدَاتٍ، فيتوقف نِكَاحُهُنَّ؛ كما لو لم يكن تحته إلاَّ أَرْبَعٌ.

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يعمل.
(٣) في أ: فعمل.

بَابُ ارْتِدَادِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ والعِيَاذُ بِاللَّهِ

إن ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ أو هما جميعًا[١] نظر إن كان قَبْلَ الدخول تَتَنَجَّز الفرقةُ بينهما، وإن كان بعد الدخول يَتَوَقَّفَ على انقضاء عِدَّتِهَا، فإن جمعهما الإسلامُ في العدة، فَهُمَا عَلَىٰ

---

(١) إذا ارتد أحد الزوجين بأن ترك دين الإسلام، ودخل دين الكفر ـ فقد اتفق الفقهاء على أن الردة تبطل عقد الزواج بينهما. وتكون سببًا في وقوع الفرقة.

ولكنهم اختلفوا في وقت وقوعها، والحكم بانفساخ العقد. فالحنفية، والمالكية، والحنابلة ـ في إحدى الروايتين عندهم ـ قائلون: بتعجيل الفرقة بمجرد الارتداد من أحدهما، زوجًا كان أو زوجة، حصل دخول أو لا.

وذهب الشافعية، والحنابلة في الرواية الأخرى، إلى أن الردة إذا كانت قبل الدخول تتعجل الفرقة بها ويبطل العقد. وإذا كانت بعد الدخول توقف النكاح، ومنع الزوج من قربان الزوجة حتى تمام العدة. فإن لم يرجع المرتد حتى تمت العدة؛ وقعت الفرقةُ من حين حدوثها وإن رجع وجمعهما إسلام في العدة بقي النكاح على حاله.

وقال ابن أبي ليلى: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإلاَّ فلا.

استدلَّ ابن أبي ليلى:

بأن الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين كالفرقة بإسلام أحدهما. لأن كلا الفرقتين بسب اختلاف دين طارىء على العقد. وفيما إذا أسلم أحد الزوجين لا تقع الفرقة إلاَّ بآباء المتأخر عن الإسلام بعد عرضه عليه، فكذا لا تقع الفرقة بالردة، حتى يطلب منه الرجوع عن ردته فيمتنع. فإنه في الحالين يظهر من حال المتأخِّر عدم إرادة الإمساك بالمعروف، وتنعدم مقاصد النكاح فتقع الفرقة ـ والمرأة إذا ارتدت واستتبت، فلم تتب صارت منابذة لملة زوجها، فيتعذر عليه إمساكها فأوجب ذلك وقوع الفرقة.

ونوقش:

بالفرق بين الفرقة بالردة وبإسلام أحدهما؛ لأن الردة ما أوجبت الفرقة إلاَّ لكونها فوتت مقاصد النكاح، فإن المرتد مستحقٌّ للقتل المفوت لما شرع له، وهو بقاء النسل. وبهذا كانت منافية للنكاح. واعتراض المنافي عليه موجب للفرقة في الحال، لعدم احتمال المنافي للتراضي كالمحرمية بخلاف إسلام أحد الزوجين؛ لأن الإسلام غير مناف للنكاح؛ بل هو مفيد له.

واستدلَّ الشافعي، ومن معه: أولاً:

بأن اختلاف الدين بالردة المقصود بها منابذة الملة إذا طرأ على النكاح قبل الدخول كان تأثيره أكبر مما لو طرأ عليه بعده، إذ في الأول النكاح غير متأكد، فطروء الردة عليه موجب للفرقة في الحال.

وفي الثاني ـ وهي ما إذا طرأت الردة على النكاح بعد دخوله هو متأكد، فاستدعى ذلك سببًا آخر تضاف إليه الفرقةُ ـ وليس هناك وراء الردة إلاَّ الانتظار إلى انقضاء العدة، لأنها المعتبرة شرعًا، فينتظر إلى تمامها، فإن مضت بدون رجوع من المرتد عن ردَّته وقعت. وإن رجع فيها بقي النكاحُ.

ونوقش: ـ

بأن اختلاف الدين بالردة إما أن يكون سببًا موجبًا للفرقة في الحال أولاً. فإن كان الأولُ يستوي =

. . . .

= الحكم فيما قبل الدخول وبعده، ولا حاجة إلى الانتظار فيما بعده إلى انقضاء العدة. وإن كان الثاني لم يحكم بوقوع الفرقة قبل الدخول، لكن الاتفاق حاصل على وقوعها في الحال، إذا كانت الردةُ قبل الدخول. فأوجب لهذا كون اختلاف الدين بالردة سببًا. وإذا كان كذلك استوى فيه ما قبل الدخول بما بعده، ولا وجه للتفرقة.

واستدل الحنفية، ومن معهم:

أولاً:

أن الردة بمنزلة الموت؛ لكونها مغضبة إليه، وموجبة له عند عدم التوبة والرجوع. والموت مفوت لمحلية النكاح في الحال لمنافاته لها، فكذا الردة؛ لكونها منافية له أيضًا. والمنافي لا يحتمل التراضي، فتقع الفرقة في الحال.

ونوقش: ـ

بالفرق بين الردة والموت فإن المرتد قد يرجع عند ردته بخلاف الميت؛ لجريان العادة بعدم إرجاعه إلى الحياة إذا أراد.

وأجيب:

بأن هذا الاحتمال لا يمنع أن يعمل المنافي المحقق وجوده عمله حتى يحكم ببقاء النكاح. وكيف يبقى مع زوال المحلية. ثم كون المرتد قد يرجع عن ردته لا ينفي عمل المنافي عمله. والمرتد أنه تاب فلا مانع من أن يرجع إلى امرأته بنكاح جديد، وعقد جديد.

اتفق الفقهاءُ ـ فيما نعلم ـ على أن الفرقة الحاصلة بردة المرأة تكون فسخًا استنادًا إلى أن الفرقة حدثت من قبلِ المرأة، وهي ليس لها من الطلاق شيء؛ لأنه بيد الرجل، فلا تكون طلاقًا بل فسخًا. أما الفرقةُ الحاصلةُ بردة الزوج، فقد اختلفوا فيها:

فذهب مالك في المشهور عنه، ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى أنها تكون طلاقًا. وذهب جمهور الفقهاء: أبو حنفية، وأبو يوسف، وأحمد، والشافعي، وابن الماجشون، وابن أبي أويس ـ من المالكية ـ إلى القول بأنها فرقة فسخ لا طلاق.

استدل القائل بأنها طلاق: ـ

أولاً:

بقياس الفرقة بالردة على الفرقة بالجب والعنة بجامع أن كلا بسبب ناشيء من قبل الزوج. والفرقة ـ بسبب الجـب والعنة طلاق، فكذا في الردة. وهذا عمل بالأصل في الفرقة. فإن الأصل فيها الطلاق كما سبق، وهو هنا أقيس، حيث كانت ناشئة بسبب من قبل من بيده الطلاق وهو الرجل.

ونوقش:

بمنع قياس الفرقة بالردة على فرقة الجـب والعنة، لأن الأولى ثبتت حقًا للشرع، ومنافية بنفسها للنكاح، ولا كذلك الجـب والعنة، فإن الفرقة فيهما حق للعبد، وهي الزوج حتى كان لها أن تتنازل عن هذا الحق، فترضى بالبقاء مع زوجها المعيب، ولا يصح هذا في الردة ـ واستدلوا ثانيًا:

بأنه في حالة ردة الزوج تقع الفرقة من قبله، وتكون بمنزلة مباشرته الطلاق، لأن كلاً من الردة والطلاق مفوت للإمساك بالمعروف، فيتعين في كل منهما التسريح بالإحسان، وهو ليس إلاَّ الطلاق، فتكون الفرقة بالردة من قبل الرجل طلاقًا.

=

. . . .

= ونوقش: ـ
بأن ردة المرأة تفوت أيضًا على الزوج الإمساك بالمعروف، لفوات محليتها للنكاح، فيلزم أن تكون الفرقة بسببها طلاقًا أيضًا.
واستدل القائل بأنها فسخ:
أولاً:
بأن فرقة الردة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان، فالفرقة الحاصلة به تكون فسخًا لا طلاق، حيث كانت المرأة لا شيء لها من الطلاق. ومن هنا كانت الفرقةُ الحاصلةُ بسبب ردة المرأة فسخًا اتفاقًا. فتكون الفرقةُ بسبب ردة الرجل كذلك لأن الفرض وحدة السبب الموجب للفرقة.
واستدلوا ثانيًا:
بأن الردة بمنزلة الموت، فتكون الفرقة بكل منهما سواء، وهي بالموت تكون فسخًا، فكذا بالردة. أما أن الردة بمنزلة الموت فلأن المرتد عرض نفسه للموت بردته. وأيضًا لما كانت الردة رافعة للنكاح، فلا يعقل أن تكون الفرقة طلاقًا؛ لأن رفع الشيء يستدعي بقاءه حتى يعمل الرافع عمله ـ وحيث كان النكاح ليس بباقٍ بعد الردة تعذر جعل الفرقة طلاقًا لما سبق.
ونوقش:
بأن الردة ليست هي نفس المنافي للنكاح، بل المنافي هو الإصرار بعد عليها. فلم يتم التدليل؛ لأنه لو كانت الردة لها وقع طلاق المرتد، على امرأته بعد الردة، مع أنه واقع اتفاقًا.
وأجيب:
بأن طلاق المرتد إنما وقع؛ لكون وقوعه تابع؛ لإمكان ظهور أثره، وهو فيه ممكن لتصور رجوع المرتدِّ إلى الإسلام ولرده إليه فترجع محلية النكاح ـ كيف ومحلية الطلاق قائمة بقيام العدة.
ونوقش أيضًا:
بأن الردة غير منافية لملك العين، بل مصيرة لها موقوفة. فملك النكاح أولى أن يكون موقوفًا. وإذ كان كذلك كان النكاح باقيًا حكمًا، فتكون الفرقة طلاقًا.
وأجيب:
بأن ما يرجع إلى المحل، فالابتداء والبقاء فيه سواء. ولما كانت الردة تنافي ملك النكاح ابتداء فتنافيه بقاء، ومن هنا أوقفت تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء وبقاء.
واستدلوا ثالثًا:
بقياس الفرقة بالردة على الفرقة بالمحرمية، وملك أحد الزوجين صاحبه بجامع عدم توقف الفرقة في الجميع على قضاء القاضي، وهي في الأصل تكون فسخًا، فكذا في الفرع.
ونوقش:
بأن الحرمة في المحرمية مؤبدة لا ترتفع. بخلاف الردة، فإنها فيها غير مؤبدة، لإمكان ارتفاعها بتحصيل الإسلام. فاختلفت الحرمتان، فيلزم اختلافُ الفرقتين. وعدم ظهور ما هو مُوجبٌ للطلاق في المؤبدة، وظهوره في غير المؤبدة؛ ولهذا صح إيقاع الطلاق بعد الردة.
وأجيب:
بأن التأبيد وعدمه شيء خارج عن السبب الموجب للفرقة، والأمران في حين السبب سواء. أما =

النِّكَاحِ، وإن انقضت عِدَّتُهَا قبل إسلامها[(١)] بَانَ أن الفرقةَ وَقَعَتْ بِنَفْسِ الرِّدَّةِ.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: إن ارتدَّا معًا دَامَ النِّكَاحُ بينهما؛ كما لو أسلَمَ الزَّوْجَانِ معًا، وإن ارتدَّ أحدُهما تَنَجَّزَتِ الفرقةُ، سواء كان قَبْلَ الدُّخُولِ أو بعده، وإنما سَوَّيْنَا نَحْنُ بين رِدَّتِهِمَا وردَّةِ أحدهما؛ لأن الحالتين تستويان في مَنْعِ ابتـداءِ النِّكَاحِ، فكذلك تستويان في الدوام، بخلاف ما لو أَسْلَمَا معًا دَامَ النِّكَاحُ بينهما، ويَجوزُ له وَطْؤُهَا بعد ما أَسْلَمَا، ولا يجوز ذلك بعد رِدَّتِهِمَا.

ثم إن وُجِدَتِ الردةُ بعد الدخول ـ وقد استقرَّ مهرُها بالدخول ـ [فلا يسقطُ بالرِّدَّةِ، وإن وجدت قبل الدخول، نظر إن ارْتَدَّتِ المرأةُ سَقَطَ مَهْرُهَا][(٢)]؛ لأن الفسخَ جاء مِنْ قِبَلِهَا، وإن ارْتَدَّ الزَّوْجُ فعليه نِصْفُ المهرِ، [وإن كانت مفوضةً فالمتعةُ كما لو طَلَّقَهَا، وإن ارتدَّا معًا فَوَجْهَانِ:

أحدهما: عليه نِصْفُ المهرِ][(٣)]، كما لو خَالَعَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ:

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ: لا مهر لها؛ لأنها جانيةٌ بالردة؛ فلا يحال بالحكم على جنايته؛ كما لو قال: اقْطَعْ يَدِي، فقطع ـ لا ضَمَانَ على الْقَاطِعِ، وإن كان الْقَاطِعُ جانيًا فوجود الإذن من جِهَةِ المستحقِّ، بخلاف الخلع؛ لأن قَطْعَ النكاح فيه يحالُ على الزَّوجِ؛ لأنه ينفردُ بالفرقة، وليس من جهتها إلاَّ بَذْلُ المالِ، وذلك بِمُجَرَّدِهِ لا يوجبُ الْفُرْقَةَ.

ولو ارتدَّا أو أحدُهما بعد الدخول ـ لا يحلُّ له وَطْؤُهَا، فلو وَطِئَهَا في الْعِدَّةِ [لاَ حَدَّ عَلَيْهِ، وعليها الاعتدادُ بثلاثةِ أَقْرَاءٍ من وَقْتِ الْوَطْءِ.

ثم إن كان وَطِئَهَا بَعْدَ][(٤)] قُرْءٍ، وبقي قُرْآن بعده فلو جَمَعَهُمَا الإسلامُ، فَهُمَا عَلَىٰ النِّكَاحِ، ولا مهر للمرأة بِسَبَبِ هَذَا الْوَطْءِ، وإن لم يَجْمَعْهُمَا الإسلامُ حَتَّىٰ مَضَىٰ قُرْآنِ بَعْدَ الوطءِ ـ بَانَ أن الفرقةَ وَقَعَتْ بينهما بنفس الرِّدَّةِ، وعليه المهرُ بسبب ذَلِكَ الْوَطْءِ.

= الحال الثاني فلا يدري أمره فلا عبرة له إلاَّ عند وقوعه. وحيث كانا متساويين حال الوقوع، وطروء كل منهما على النكاح تكون الفرقة متكيفة فيهما بتلك الحال. من غير نظر إلى حال أخرى. وأما كون الطلاق يقع بعد الردة؛ فهذا بناء على أمر قدمنا بيانه.

تلك أدلةُ الفريقين، وما ورد عليها ـ يتبين لما منها أن المذهب القائل بأن الفرقة تكون فسخًا ـ هو الراجح المختارُ؛ نظرًا لسلامة دليله مما ورد عليه ـ والله أعلم. ينظر نص كلام شيخنا بدران أبو العنين، وينظر مغني المحتاج ٣/ ١٩٠، ومغني ابن قدامة ٧/ ٥٦٤، والبيجرمي ٣/ ٣٧٦، والأم ٥/ ٤٢.

(١) في أ: اجتماع إسلامهما.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

وكذلك إذا أسلم أَحَدُ الزَّوْجين بعد الدُّخُول، ثم وَطِئَهَا في الْعِدَّةِ، فإن جَمَعَهُمَا الإسلامُ في العدة، فلا مَهْرَ لها، وإلاَّ فيجب، بِخِلاَفِ ما لو وَطِئ الرجعيَةَ، ثم رَاجَعَهَا ـ يجب المهرُ في قولٍ؛ لأن ثَمَّ أَثَرَ الطَّلاَقِ لا يرتفعُ بالرجعة، وهو نقصانُ [العدة][1]، فنزل ما بعد الْمُرَاجَعَةِ وقبلها بمنزلة عَقْدَيْنِ، وها هنا يَرْتَفِع أَثَرُ الرِّدَّةِ بالإِسلامِ، والوطء، يُصَادِفُ الْعَقْدَ الأولَ، فلم يجبْ مهرٌ آخَرُ.

ولو ارتدَّا أو أحدُهما بعد الدخول، ثم طَلَّقَهَا في الْعِدَّةِ، أو ظَاهَرَ منها، أو لاَعَنَهَا ـ فموقوف إن جمعهما الإسلامُ في الْعِدَّةِ بَانَ أَنَّهَا كانت صَحِيحَةً؛ فيحكم بِوقُوعِ الطَّلاقِ، وصحة الظِّهَارِ وَالْإِيلاَءِ، وإلاَّ فَلاَ.

ولو عَادَ المرتدُّ إلى الإسلامِ، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول ـ تَعْتَدُّ من وَقْتِ الطَّلاَقِ؛ لأَنَّهُ بَانَ أنهما على النِّكَاحِ. والله أعلم.

بَابُ طَلاَقِ المُشْرِكِ

إذا نَكَحَ المشركُ على اعتقاده، ثم طَلَّقَهَا ـ يَقَعُ، حَتَّىٰ لو طَلَّقَهَا ثلاثًا، ثم أَسْلَمَا، لا تحلُّ له إلاَّ بعد زَوْجٍ آخَرَ، فلو نَكَحَتْ في الشِّرْكِ زَوْجًا آخر وأصابها، ثم طَلَّقَهَا ـ حَلَّتْ للزوجِ الأولِ بعد الإسلام، وَيَحْصُلُ به الإِحْصَانُ، وكذلك المسلمُ إذا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ الكتابيةَ ثلاثًا، فَنَكَحَتْ مُشْرِكًا كتابيًا، أو وثنيًا على اعتقادهم؛ فَأَصَابَهَا ثم طَلَّقَهَا ـ حَلَّتْ لِلْمُسْلِمِ المطلِّق.

وإذا طَلَّقَ الكافرُ زوجتَهُ بعد الدخول ـ يجِبُ عليها الْعِدَّةُ حربيةً كانت أو ذِمِّيَّةً، حتى لو أَسْلَمَتْ في الحالِ عليها الْعِدَّةُ.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا عدةَ على الحربيةِ، فَأَمَّا الذِّمِّيَّةُ، فعليها العدةُ من الْمُسْلِمِ، فأما مِنَ الذِّمِّيِّ، فلا تجبُ عند أبي حنيفة، حتى لو طَلَّقَهَا يَجُوزُ أن تَنْكِحَ في الْحَالِ.

وعند أبي يوسف، ومحمد: تَجِبُ.

وبالاتفاق لو نَكَحَتْ فِي الْعِدَّةِ في الشِّرْكِ، ثم أَسْلَمَا ـ والعدةُ مُنْقَضِيَةٌ ـ يُقَرَّانِ عَلَيْهِ.

ولو خَرَجَتْ حربيةٌ إلينا مُسْلِمَةً، ولها زَوْجٌ في دَارِ الحَرْبِ بعد الدخول ـ يَجِبُ عليها الْعِدَّةُ؛ لأن العدة لحقِّ الله ـ تعالى ـ، ولصيانة مائه حرمةٌ، وهذه مسلمةٌ يجبُ عليها مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ.

---

(١) في أ: العدد.

وعند أبي حنيفة: لاَ عِدَّةَ عَلَيْهَا.

وكذلك لو ارْتَدَّتِ المعتدةُ، فالتحقت بِدَارِ الحربِ، ثم عادت مسلمة ـ لا عِدَّةَ عليها؛ لأنها لما الْتَحَقَتْ بِدَارِ الحربِ ـ صَارَتْ كَالحَرْبِيَّةِ.

بَابُ عَقْدِ نِكَاحِ أَهْلِ الذِّمَّةِ

قَالَ الله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢].

الكفار إذا عَقَدُوا عقدًا على اعتقادهم، ثم أَسْلَمُوا، والمبطل غيرُ قائم ـ يُقَرُّونَ عَلَيْهِ، ولا يتعرض لما مضى، سواء فيه أَهْلُ الذِّمَّة وأهل الحرب من أهل الكتاب وغيرهم، حَتَّىٰ لو نكَحَ وَثَنِيٌّ نَصْرَانِيَّةً، أو نَصْرَانِيٌّ وَثَنِيَّةً أو مَجُوسِيَّةً، ثم أسلما ـ يُقَرَّانِ عليه.

ويفترق الذميُّ والحربيُّ الذي دَخَلَ إلينا بأمانٍ في شَيْءٍ، وهو أن الحربيَّ لو قهر حربيةً على نفسها وغصبها ـ أَقَرَّهُمُ الإمامُ على ذلك، ولم يتعرضْ لهم، وإن كانوا في دَارِ الإسلام بِالأَمَانِ.

والذِّميُّ لو قَهَرَ ذميةً على نفسها ـ مَنَعَهُ الإمامُ من ذلك؛ لأن عليه أن يَمْنَعَ أَهْلَ الذمة بَعْضَهُمْ عن بعض؛ كما يَجِبُ عليه أن يَمْنَعَ عنهم مَنْ يقصدهم من غيرهم، وإنما يلزمه بحكمِ الأَمَانِ منعُ مَنْ تجري عليه أَحْكَامُ الإسلامِ عنهم.

أما منعُ بَعْضِهِمْ عن بَعْضٍ فَلاَ، وعلى هذا لَوْ أَنَّ أهل الأمانِ قَتَلَ بعضُهم بعضًا، أو أخذ بعضُهم مَالَ بعضٍ ـ لا يمنعهم الإمامُ عن ذلك.

ولو تحاكم إلينا مسلمٌ وذميٌّ، أو مسلمٌ ومستأمنٌ ـ يجِبُ على حَاكِمِنَا أن يحكم بَينهما؛ لأن عليه استيفاءَ حَقِّ المسلم، وأن يمنعه من الظُّلْمِ.

ولو تَحَاكَمَ إلينا ذِمِّيَّانِ، نظر إن كانا مُخْتَلِفِي الملةِ؛ كاليهوديِّ مع النصرانيِّ ـ يجب أن يحكم بينهما؛ لأن كُلَّ واحد منهما لا يرضى بِحُكْمِ حاكمِ صاحبه.

وقيل: فيه قولان؛ كما لو كَانَا مُتَّفِقِي الملةِ، والأولُ أصح.

وإن كانا مُتَّفِقِي الملةِ، ففيه قولان:

أصحهما: يَجِبُ أن يحكمَ بينهما؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وقال تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، والصَّغَارُ جَرَيَانُ حكمِ الإسلام عليهم؛ ولأنه يَجِبُ على الإمام أن يَمْنَعَ عنهم من يقصدهم؛ فيجب أن يَحْكُمَ بينهم كالْمُسْلِمِينَ.

والثَّاني: لا يَجِبُ؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] فالله ـ تعالى ـ خَيَّرَهُ بين أن يَحْكُمَ بينهم، أو يعرضَ عنهم، فعلى هذا هو بالخيارِ بين أن يَحْكُمَ، وبين أن يَرُدَّهُمَا على حاكمهما، ولا يَدَعَهُمَا يَتَخَاصَمَانِ.

واختلفوا في محلِّ القولين.

قيل: لا فرق فيه بين حُقُوقِ الله ـ تعالى ـ وبين حُقُوقِ العباد.

وقيل: القولانِ في حُقُوقِ العِبَادِ فأما في حقوق الله ـ تعالى ـ يجب أن يَحْكُمَ؛ لأنه لا مُطَالِبَ له فيضيع.

وقيل: القولان في حُقُوقِ اللهِ تعالى، فأما في حُقُوقِ العبادِ يَجِبُ؛ لأن مبناه على الضِّيقِ؛ لأن صاحبه يستضرُّ بسُقُوطِهِ.

ولو جَاءَ واحدٌ منهم، واسْتَعْدَىٰ على خَصْمِهِ منهم، إن قلنا: يجبُ الحكمُ يَجِبُ الإعداءُ، ويجب على المعدى عليه الحضورُ.

وإن قلنا: لاَ يَجِبُ الْحُكْمُ، لا يجبُ على الحاكمِ الإعداءُ، بل إن شَاءَ أَعْدَىٰ، وإن شاء لم يُعْدِ.

فإذا أَعْدَىٰ [فالمعدى][1] بالخيارِ، إن شَاءَ حَضَرَ، وإن شَاءَ لَمْ يَحْضُرْ، وليس له إحضارُه جَبْرًا.

ولو تَحَاكَمَ إلينا مُسْتَأْمَنَانِ لا يجبُ أن يَحْكُمَ بينهما، بل هو بِالْخِيَارِ بين أن يَحْكُمَ، وبين أَلاَّ يَحْكُمَ، سواء كانا مُخْتَلِفي الملةِ، أو مُتَّفِقِي المِلَّةِ؛ لأنهم لم يلتزموا أحكامَ الإسلام.

وقيل: كالذمِّيين، [وقيل: يجب قولاً واحدًا][2]، والأول أَصَحُّ.

ولو تَحَاكَمَ إلينا ذميٌّ ومستأمنٌ، هل يَجِبُ الْحُكْمُ؟ فيه قولان كَالذِّمِّيَيْنِ.

وقيل: يجب قولاً واحدًا؛ كما لو كَانَا مُخْتَلِفِي الملةِ.

فإن قلنا: يجب أن يَحْكُمَ بينهم، أو اختار الحكم، يجب أن يَحْكُمَ باعتقاد الإسلام، فإن تحاكم إلينا زَوْجَانِ، والزوجةُ كتابيةٌ ـ يقرهما عليه، وإن كانت مَجُوسِيَّةً أو وثنيةً ـ، فالمذهب أنهما يُقَرَّانِ عليه كما لو أسلما؛ لأن كُلَّ نِكَاحٍ جَازَ التقريرُ عليه بعد الإسلام ـ جاز قبله، كَنِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

وقال الإصطخري: لاَ يُقَرَّانِ عليه؛ لأن نِكَاحَهُمَا في الإسلامِ لا يَجُوزُ، وإن كان قد نَكَحَ في عِدَّةِ الغيرِ، فترافعا إلينا ـ والعدةُ باقيةٌ ـ يُحْكَمُ ببطلانه، وإن كانت منقضيةً؛ فلا يحكم ببطلانه.

ولو ادَّعَتِ المرأةُ على زَوْجِهَا الذِّمِّيِّ؛ أنه طَلَّقَهَا، أو آلَىٰ عنها، أو ظَاهَرَ منها وقلنا: يجبُ الحكمُ، أو اختار الحكم ـ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا، ونحلفه إن أنكر.

وإن أَقَرَّ ففي الإيلاءِ بعد مُضِيِّ أربعةِ أَشْهُرٍ ـ نَفَقَةٌ حتى يفيءَ أو يُطَلِّقَ.

وفي الظِّهَارِ: نمنعه من قُرْبَانِهَا حتى يُكَفِّرَ بإعتاقِ رقبةٍ مؤمنةٍ، فإن امتنع في الإِيلاَءِ من الفيء أو الطلاق ـ يُطَلِّقُ الحاكمُ عليه جَبْرًا. إن قلنا: يجب عليه الحكم.

وإن قلنا: لا، فَلاَ يُطَلِّقُ عليه إلاَّ بِرِضَاهُ.

وَإِذَا جاءُونَا لعقدِ نِكَاحٍ ـ فَنُزَوِّجُ إن كانت المرأةُ كتابيةً ولم يكن لها وليٌّ كافرٌ، وَنُزَوِّجُ بشهودٍ مسلمين.

ولو أقر ذميٌّ على نَفْسِهِ بالزِّنَا، أقام عليه الحدَّ جبرًا، إن قلنا: يجب الحكم.

وإن قلنا لا يجب، فَلاَ نقيم، إلا أن يَرْضَىٰ المقرُّ.

وحكم التَّرافع إلينا حكم الإسلامِ، في أنه لا يتعرض لما مضى، إذا لم يَكُنِ المبطلُ قائمًا، حتى لو نَكَحَ في الشِّرْكِ على خمرٍ أو خِنْزِيرٍ، أو خَالَعَ على خمرٍ أو خنزير، ثم ترافعوا إلينا، وَأَسْلَمُوا بعد قَبْضِ الْفَاسِدِ ـ فلا يوجبُ شيئًا آخر.

وإن كان قبل الْقَبْضِ يوجبُ مَهْرَ المثلِ عليه في النِّكَاحِ، وعليها في الخلعِ، بخلاف ما لو نَكَحَهَا، أو خالعها على حُرٍّ مسلم استرقُّوه نفسخه ونوجب مَهْرَ الْمِثْلِ، سَوَاءٌ كان قبل القبضِ أو بعده؛ لأن البمطلَ قَائِمٌ، فإنَّا لا نقرُّهم على استرقاقِ المسلم، وقبض الفاسد بعد الإسلام ـ لا يَسْقُطُ عَنْهُ مهرُ المثلِ، وإن كان الإسلامُ والتَّرافُع بعد قَبْضِ بَعْضِ الْفَاسِدِ ـ يجب بسقطِهِمَا ما لم يقبض في مهرُ المثل؛ مثل: أن نكَحَ على زِقَّيْ خَمْرٍ، ثم أسلما بعد قَبْضِ أحدهما ـ نوجب نِصْفَ مَهْرِ المثلِ، بخلاف ما لو كَاتَبَ الذِّمِّيُّ عبده على زِقَّيْ خمرٍ، فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا، ثم أسلما، وأدّى الثاني بعد الإسلام ـ عتق، ويجبُ عليه كمالُ قيمتِهِ، ولا يحط عنه بِقَدْرَ المقبوضِ في الشِّرْكِ؛ لأن العتقَ هناك يَحْصُلُ بأداءِ آخر النجوم؛ لأنه يَتَوَزَّعُ على النُّجُومِ.

وإذا أخر النجوم ـ: وجد في الإسلام والنكاح والخلع معاوضة تُوجِبُ التَّقْسِيطَ، فما أدى في الشرك وَقَعَ موقعه، وعليه بقدرِ ما بقي من مَهْر المثل. [ثم كيفيةُ التَّقْسِيطِ إن كان قد

نَكَحَهَا على زِقَّيْ خَمْرٍ فَأَدَّىٰ أحدَهما، ثم أسلما عليه نِصْفُ المهر][١] إن استوى الزِّقَّانِ، وإن اختلفا فمن أصحابنا من قال: يعتبر مقدارهما من الْكَيْلِ.

وقال أبو إسحاق: يعتبرُ العدد، فعليه نِصْفُ مَهْرِ المثلِ، وإن اختلف الزِّقَّانِ.

وإن كان أصدقها عَشْرَ زِقَاقٍ، وقبضت واحدًا ـ، فعليه تسعةُ أعشار المهرِ.

وإن كان أَصْدَقَهَا ثلاثةَ كلابٍ أو ثلاث خنازير، فقبضت واحدًا، ثم أسلما، أو تَرَافَعَا إلينا ـ فعليه بِقَدْرِ ما بقي من مَهْرِ المثلِ، وكيف يعتبر؟ فيه ثَلَاثَةُ أوجهٍ:

قال أبو إسحاق: يعتبرُ العددُ، فعليه ثُلُثَا مَهْرِ المثلِ؛ لأنه أَدَّىٰ ثلثَ العددِ.

الثاني: تقدر الكلاب شِياهًا، والخنازيرُ بَقَرًا وتعتبر قيمتها؛ وبه قال ابن سريج، وقيل: تعتبر المنفعةُ في الْكِلَابِ.

ولو أصدقها سِتَّةَ كَلَابٍ وثلاثة خنازير وزقَّ خمر، وقبضت بعضهـا، ثم أسلما ـ ففيه ثَلَاثَةُ أوجه:

أحدهما: يعتبر الجنس، فأي جنس أَدَّاهُ بتمامِهِ، فقد أَدَّىٰ الثُّلُثَ.

والثاني: يعتبر العددُ، فإن أَدَّى الخمرَ، فقد أَدَّىٰ العشرَ، وإن أَدَّىٰ الْكِلَابَ، فقد أَدَّىٰ ثلاثة الأَخْمَاسِ، وإن أَدَّىٰ الْخَنَازِيرِ، فقد أَدَّىٰ ثلاثةَ الأعشار.

وقيل: تعتبر القيمةُ فتقدر الكلاب شِيَاهًا، والخنازير بقرًا والخمر خَلًّا.

ولو تَبَايَعَا ألفًا بألفين، أو تَقَارَضَا ألفًا بألفَيْنِ، ثم أسلما، أو ترافعا إلينا بعد القبض ـ لا نعترض له ولا نردُّه.

وإن كان قَبْلَ القبض نبطله، وإن كان بَعْدَ قَبْضِ أَحَدِ الأَلْفَيْنِ سُئِلَ المؤدِّي، فإن أَدَّىٰ عن الربحِ عليه رأسُ المالِ، وإن أَدَّىٰ عن رَأسِ المالِ ـ فلا شَيْءَ عَلَيْهِ من الرِّبْحِ، وإن أَدَّىٰ عنهما سَقَطَ عنه نِصْفُ رأسِ المالِ، وعليه نصفُه، ولا ربحَ عليه، وإنْ أَدَّىٰ مطلقًا فَوَجْهَانِ:

أصحهما: وقع عنهما.

والثاني: له أن يَصْرِفَهُ إلى أَيِّهِمِا شَاءَ فإن صَرَفَهُ إلى الرِّبْحِ، يجب عليه رَأْسُ المالِ، وإن صَرَفَهُ إلى رَأسِ المالِ فلاَ رِبْحَ عَلَيْهِ.

ولو أتلف ذِمِّيٌّ خمرًا على ذمي، فأجبره حاكمُهم على أداءِ القيمة، أو اشترى خَمْرًا أو خنزيرًا، فأجبره حاكمهم على دَفْعِ الثمن، أو تَرَابَيَا، فأجبرهما على الأداءِ، ثم أَسْلَمَا ـ لا يكلفا الرَّدُّ؛ لأن الإسلامَ يَجُبُّ ما قَبْلَهُ.

---

(١) سقط في أ.

وإن تَرَافَعَا إلينا في حَالِ الكفر ـ ففيه قولان:

أصحهما: لا يكلَّفَا الردَّ؛ كما لو أَسْلَمَا وكما لو تقابضا من غير حكم، ثم ترافعا إلينا.

والثاني: يبطلُ ويكلفا الرد؛ لأن التَّرافع لاَ يَجُبُّ ما قبله، إلا أنا نعرض عما تَرَاضَيَا عليه، وهاهنا لم يوجد الرِّضَا فيرد، والتَّرافع كالإسلامِ، إلاَّ فيما أُجْبِرَ عَلَيْهِ عَلَىٰ هَذَا الوجهِ.

وكذلك لو نَكَحَ على مَهْرٍ فَاسِدٍ، وسلم إليها بحكمِ حاكمهم، ثم تَرَافَعَا إلينا ـ هل يجعل كما لو أَسْلَمَ من غيرِ حكم [حاكم][1] أم يجب مَهْرُ المثل؟ فعلى قَوْلَيْنِ.

والكافر في قَبُولِ النِّكَاحِ لابنه الصَّغِيرِ الكافرِ، وفي تزويج ابنته؛ كالمسلم حتى لا يُزَوِّجُ البنتُ إلاَّ بإذنها، ويُجبر الْبِكْرَ عَلَىٰ النِّكَاحِ، فإن عَقَدُوا على خلاف ذلك وَهُمْ يَعْتَقِدُونَهُ، ثم أسلموا ـ لا يتعرضُ لهم. والله أعلم بالصواب.

بَابُ إِتْيَانِ الحَائِضِ، [وَإِتْيَانِ النِّسَاءِ فِي أَدْبَارِهِنَّ][2]

قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

لاَ يَجُوزُ وَطْءُ الْمَرْأَةِ في خلالِ الْحَيْضِ والنِّفَاسِ ما لم تَطْهَرْ وَتَغْتَسِلْ، ولو كان له إماءٌ، فلا بأس أن يَطَأَهُنَّ في ليلةٍ واحدةٍ؛ لأنه لا قسم لهن.

والمستحبُّ إذا وَطِيءَ امرأةً، وأراد العودَ، أو أراد وَطْءَ امرأةٍ أخرى ـ أن يَتَوَضَّأَ بينهما، فإن لم يَفْعَلْ يغسل فَرْجَهُ؛ فإن لم يفعل جَازَ.

ولا يجوز في حَقِّ الْحَرَائِرِ أن يَجْمَعَ بين وَطْءِ اثنتين بِغُسْلٍ وَاحِدٍ؛ لأن القسمَ واجبٌ عليه، فلا يجوزُ أن يَأْتِيَ في نوبةٍ واحدةٍ امرأة أُخرَىٰ إلاَّ بإذنها؛ لما روي عن أَنَسٍ؛ أن النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ كَانَ يَطُوفُ عَلَىٰ نِسَائِهِ بِغُسْلٍ وَاحِدٍ[3]؛ وذلك لأنهن حَلَلْنَهُ، وكان القسمُ غيرَ واجبٍ عليه.

ويكره أن يَطَأَ زوجته، وأخرى تَنْظُرُ إليه؛ لأنه دَنَاءَةٌ، وليس من حُسْنِ العشرةِ.

ولا يجوزُ إتيانُ النِّسَاءِ في أَدْبَارِهِنَّ.

رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «في أَيِّ الْخَرْبَتَيْنِ أَمِنْ دُبُرِهَا فِي قُبُلِهَا

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) تقدم.

فَنعَمْ، أَمْ مِنْ دُبُرِهَا فِي دُبُرِهَا فَلاَ، إِنَّ اللهَ لاَ يَسْتَحْيِي مِنَ الْحَقِّ؛ فَلاَ تَأْتُوا النِّسَاءَ فِي أَدْبَارِهِنَّ»(1).

أما التلذُّذ بالإيلاج فيما بَيْنِ الأَلْيَتَيْنِ، والإِيلاَجُ في الْقُبُلِ من جانب الدُّبُرِ ـ فجائز.

ولو أَتَى رَجُلٌ امرأتَهُ أو أَمَتَهُ في دُبُرِهَا يَعْصِي الله ـ تعالى ـ فإن عَلِمَ الإمامُ نَهَاهُ عن ذلك، فإن عَادَ عَزَّرَهُ، ولا يجبُ الحدُّ لشبهة الملك، وَلاَ يَحْصُلُ له الإحصانُ، والتَّحْلِيلِ لِلزَّوْجِ الأولِ، ولا يخرج به عن الإيلاءِ، والْعِنَّةِ، ويستقر به الْمُسَمَّىٰ، وتبطل به العبادةُ، وَتَجِبُ به الْكَفَّارَةُ في الصوم والْحَجِّ، وتجب به العدة، وهل تَثْبُتُ به الرَّجْعَةُ؟ وهل يثبتُ به النَّسَبُ والصَّهْرِيَّةُ؟ فيه وَجْهَانِ:

أصحهما: يثبت.

وقيل: في استقرار المهر: وجهان.

ويبطل بِاللِّوَاطِ إِحْصَانُ الفاعل، ولا يبطل إِحْصَانُ المفعولِ له، رَجُلاً كان أو امْرَأَةً؛ لأن حُصُولَ الإحصانِ بالتمكين في الْقُبُلِ، والبطلان يَكُونُ بِهِ أيضًا.

وقيل: إن كانت امرأةً يَبْطُلُ إحصانُها، قال الشيخ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَبْطُلَ إحصانُها، فقد قَالَ بَعْضُ أصحابِنَا. إذا قال رجل: لاَطَكِ فُلاَنٌ يَجِبُ عليه الحدُّ، فلولا بطلان الإحصان به لكان لا يحدُّ حَدَّ الْقَذْفِ على نِسْبَتِهِ إليه.

فَصْلٌ

رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: «كُنَّا نَعْزِلُ وَالْقُرْآنُ يَنْزِلُ» ويروى: فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ «فَلَمْ يَنْهَنَا»(2).

العزلُ: هو أن يُولِجَ في الفرجِ، فإذا [قَارَبَ](3) الإنزال، نَزَعَ فَأَنْزَلَ دون الْفَرْجِ؛ فهذا جَائِزٌ في مملوكته، حتى لا يذهب ماله، وفي زوجته الأمة حَتَّى لا يكون وَلَدُهُ رقيقًا.

أما في زَوْجَتِهِ الْحُرَّةِ يجوزُ بإذنها، وهل يجوزُ بغير إِذْنِهَا؟ فيه وَجْهَانِ:

---

(1) أخرجه أحمد (2/ 213، 214، 215) وابن ماجه (1924) وابن حبان (1299 ـ موارد).
وأخرجه البيهقي (7/ 196) وصحح ابن الملقن في «الخلاصة» سنده.

(2) أخرجه البخاري (9/ 215) كتاب النكاح: باب العزل الحديث (5208) ومسلم (2/ 1065) كتاب النكاح: باب حكم العزل حديث (136/ 1440).

(3) في أ: أقرب.

أحدهما: لا يجوز؛ لأن لها حقًّا فِي الْوَطْءِ:

والثاني: يجوزُ؛ لأن حَقَّهَا في الوطءِ دون الإنزال.

وهل يجوزُ في أُمِّ ولده؟ ترتب على الحرة، إن جوزان ثَمَّ فها هنا أولى، وإلاَّ فَوَجْهَانِ.

والفرقُ أنه لا حَقَّ لَهَا في الْوَطْءِ.

قال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ في «الإملاء»: الاسْتِمْنَاءُ حَرَامٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦] فأوجب حفظَ الفروج إلاَّ في الزوجة، أو مِلْكِ اليمين، وَالاسْتِمْنَاءُ لَيْسَ بواحدٍ منهما.

بَابُ الشِّغَارِ

رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ـ رَضِيَ الله عَنْهُمَا ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ نَهَىٰ عَنِ الشِّغَارِ(١).

---

(١) النهي عن نكاح الشغار ورد عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس وجابر ومعاوية وعمران بن حصين وأبي بن كعب وعبد الله بن العاص وسمرة ووائل بن حجر وابن عباس.

أما حديث ابن عمر فأخرجه مالك (٢/ ٥٣٥).

كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من النكاح، حديث (٢٤) وأحمد (٢/ ٦٢) والبخاري (٩/ ١٦٢) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٥١١٢) ومسلم (٢/ ١٠٣٤) كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار الحديث (٥٧/ ١٤١٥) والدارمي (٢/ ١٣٦) كتاب النكاح باب النهي عن الشغار ـ وأبو داود (٢/ ٥٦٠) كتاب النكاح، باب الشغار، الحديث (٢٠٧٤) والترمذي (٣/ ٤٣١، ٤٣٢) كتاب النكاح ـ باب النهي عن نكاح الشغار ـ الحديث (١١٢٤) والنسائي (٦/ ١١٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار ـ وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح ـ باب النهي عن الشغار الحديث (٨٨٣) وعبد الرزاق (٦/ ١٨٤)، رقم (١٠٤٣٣) والشافعي في «الأم» (٥/ ٧٦) كتاب الشغار وابن الجارود (٧١٩، ٧٢٠) وأبو يعلى (١/ ١٦٩) رقم (٥٧٩٥) وابن حبان (٤١٦ ـ الإحسان) وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٥١) والبيهقي (٧/ ٩٩) كتاب النكاح: باب الشغار كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. قال نافع والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

ـ حديث أبي هريرة.

أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٩) ومسلم (٢/ ١٠٣٥) كتاب النكاح: باب تحريم نكاح الشغار، الحديث (٦١/ ١٤١٦) والنسائي (٦/ ١١٢) كتاب النكاح: باب تفسير الشغار، وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح: باب النهي عن الشغار، الحديث (١٨٨٤) والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح: باب الشغار، عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار والشغار أن يقول الرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني =

. . . .

= أختك وأزوجك أختي» ولفظ النسائي نهى عن الشغار قال عبد الله: والشغار كان الرجل يزوج ابنته على أن يزوجه أخته.

وحديث أنس.

أخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٨٤) الحديث (١٠٤٣٤) وأحمد (٣/ ١٦٥) والنسائي (٦/ ١١١) كتاب النكاح: باب الشغار، وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح: باب النهي عن الشغار، الحديث (١٨٨٥) والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح: باب الشغار، وابن حبان (١٢٦٩ ـ موارد) بلفظ لا شغار في الإسلام.

ـ حديث جابر

أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٥) كتاب النكاح: باب تحريم النِّكاح بالشغار وبطلانه، الحديث (٦٢/ ١٤١٧) والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح: باب الشغار، وأحمد (٣/ ٣٢١، ٣٣٩) قال: نهى رسول الله ﷺ عن الشغار.

ـ حديث معاوية

أخرجه أحمد (٤/ ٩٤) وأبو داود (٢/ ٥٦١) كتاب النكاح: باب في الشغار، الحديث (٢٠٧٥) والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح: باب الشغار من طريق محمد بن إسحاق ثنا عبد الرحمن بن هرمز الأعرج أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وقد كان جعلاه صداقاً فكتب معاوية إلى مروان بن الحكم فأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ.

ـ حديث عمران بن حصين

أحمد (٤/ ٤٤٣) والترمذي (٣/ ٤٣١) كتاب النكاح: باب النهي عن نكاح الشغار، الحديث (١١٢٣) والنسائي (٦/ ١١١) كتاب النكاح: باب في الشغار، وابن حبان (١٢٧٠ ـ موارد) بلفظ لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ومن انتهى نهبه فليس منا.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

ـ حديث أبي بن كعب

أخرجه الطبراني في «الصغير» (١/ ١٥٨) من طريق يوسف بن خالد السمتي عن موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن أبي بن كعب قال: قال رسول الله ﷺ: لا شغار في الإسلام، قالوا: يا رسول الله وما الشغار قال: نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما.

وقال الطبراني: لم يروه عن موسى بن عقبة إلا يوسف ولا يروى عن أبي بن كعب إلا بهذا الإسناد.

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمتي ضعيف والسند أيضاً منقطع ا.هـ.

ويوسف بل خالد السمتي كذاب.

ـ حديث عبد الله بن عمرو بن العاص

أخرجه أحمد (٢/ ٢١٥) من طريق ابن اسحاق حدثني عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ لا شغار في الإسلام. قال الهيثمي في «المجمع»: =

والشِّغَارُ: أن يُزَوِج الرجلُ ابنَتَهُ الرَّجُلَ عَلَىٰ أن يُزَوِّج الآخرُ ابْنَتَهُ، وليس بينهما صَدَاقٌ.

نِكَاحُ الشِّغَارِ غيرُ جَائِزٍ؛ وهو أن يَقُولَ الرجلُ لغيره: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، وَتَزَوَّجْتُ ابْنَتَكَ أو أختك، على أن يَكُونَ بُضْعُ كُلٍّ واحدةٍ منهما صَدَاقَ الأخرَىٰ، وقال الآخرُ مثله؛ فَهُوَ بَاطِلٌ.

وكذلك لو قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي على أن تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ، على أن يكون بُضْعُ كُلٍّ واحدة صَدَاقًا للأخرى، وَقَبِلَ الآخَرُ.

ولأي معنى فَسَدَ نِكَاحُ الشِّغَارِ[1]؟ فيه معنييان:

= (٤/ ٢٦٩): رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح خلاد بـن إسحاق وقد صرح بالتحديث.

- حديث سمرة

أخرجه البزار (٢/ ١٦٦ - كشف) رقم (١٤٣٩) ثنا خالد بن يوسف ثنا أبي يوسف، يوسف بن خالد ثنا جعفر بن سعد بن سمرة ثنا حبيب بن سليمان عن أبيه سليمان بن سمرة عن سمرة بن جندب فذكر أحاديث بهذا ثم قال وبإسناده أن رسول الله ﷺ كان ينهي عن الشغار بين النساء وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩): رواه البزار والطبراني وإسنادهما ضعيف.

حديث وائل بن حجر.

أخرجه البزار (٢/ ١٦٦ - كشف) رقم (١٤٤٠) من طريق سعيد بن عبد الجبار بن وائل بن حجر عن أبيه عن أمه عن وائل بن حجر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩): رواه البزار وفيه سعيد بن عبد الجبار ضعفه النسائي [يترجم].

حديث ابن عباس.

أخرجه الطبراني كما في «المجمع» (٤/ ٢٧٠) قال كان رسول الله ﷺ يقول ليس منا من ينتصب ولا شغار في الإسلام والشغار والشغار أن تنكح المرأتان إحداهما بالأخرى بغير صداق.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه أبو الصباح عبد الغفور وهو متروك.

(١) الشِّغَارُ في اللغة الرفع من قولهم شغر البلد عن السلطان إذا خلا عنه لخلوه عن الصداق أو لخلوه عن بعض الشرائط. وقيل مأخوذ من قولهم شغر القلب برجله إذا رفعها ليبول كأن كلا من الوليين يقول للآخر لا ترفع رجل ابنتي حتى أرفع رجل ابنتك وفي التشبيه بهذا لهيئة القبيحة تقبيح للشغار وتغليظ على فاعله.

وأما معناه شرعًا. فهو أن يزوج الرجل موليته على أنه يزوجه الآخر بوليته ليس عنهما صداق. وقد قال عياض عن بعض العلماء كان الشغار من نكاح الجاهلية يقول: شاغر في وليتي بوليتك أي بما عاوضني جماعًا بجماع. وقد قَسَّمَ بعض العلماء الشغار إلى ثلاثة أقسام:

الأول: صريح الشغار وهو أن يقول الرجل لصاحبه زوجني ابنتك مثلاً على أن أزوجك ابنتي مثلاً من غير صداق.

الثاني: وجه الشغار وهو أن يقول له زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة. =

. . . .

= **الثالث**: المركب منهما. وهو أن يقول له زوجني ابنتك بلا شيء على أن أزوجك ابنتي بمائة، فالصريح هو الخالي من الصداق من الجانبين، والوجه هو المسمى فيه الصداق من الجانبين ـ والمركب هو المسمى فيه لواحدة دون الثانية.

ويحرم الاقدام عليه بجميع أنواعه لقوله ﷺ «لا شِغَارَ فِي الإِسْلَامِ» ولما كان المالكية قد قسموا الشغار إلى الأقسام الثلاثة المتقدمة نبين الحكم عندهم في هذه الأقسام، أما صريح الشغار فقالوا: يفسخ مطلقًا قبل الدخول وبعده ولو ولدت الأولاد ولا شيء للمرأة قبل الدخول ولها بعده صداق المثل ـ وأما وجه الشغار فقالوا: يفسخ قبل الدخول ولا شيء فيه للمرأة ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل ـ وأما المركب منهما. فيفسخ قبل الدخول في كل ولا شيء فيه للمرأة ويثبت نكاح المسمى لها بعد الدخول بالأكثر من المسمى وصداق المثل. ويفسخ نكاح من لم يسم لها. ولها صداق المثل.

وقد اختلف الفقهاء في نكاح الشغار هل هو صحيح أو فاسد وحصر الخلاف في مسألتين.

الأولى: إذا لم يسميا صداقًا لواحدة منهما بل يجعلان بضع كل صداقًا للأخرى، وهو المسمى الشغار ـ وقد اختلف الفقهاء في صحة هذا النكاح وفساده.

فذهب المالكية والحنابلة والظاهرية والشافعية إلى القول بفساد النكاح في هذه الحالة. إلا أن الشافعية كما يفهم مما جاء في كتبهم يقولون إن محل فساد النكاح في هذه الحالة إذا جعل بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى. وإما إذا لم يجعل بضع كل منهما صداقًا للأخرى فالأصح عندهم الصحة للنكاحين.

وذهب الحنفية إلى القول بصحة النكاح وأنه يجب لكل واحدة منهما مهر مثلها وحكي هذا عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري.

استدل الحنفية ومن معهم بما يأتي ـ قالوا: لما جعلا بضع كل منهما صداقًا للأخرى ـ فقد سميا ما لا يصلح صداقًا. والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة، وإذا كان الأمر كذلك صح النكاح، ووجب مهر المثل، كما لو سميا خمرًا، أو خنزيرًا. فيكون حاصل هذا الدليل أن فساده من جهة المدة، وفساد المهر لا يوجب فساد العقد.

ويرد هذا الدليل بأن الفساد هنا ليس من جهة المهر، بل فساده من جهة أن أوقفه على شرط فاسد يوجب فساد العقد؛ إذ فيه التشريك في البضع لأن كل واحد منهما جعل بضع مولية موردًا للنكاح، وصداقًا للأخرى، فأشبه تزويجها من رجلين وهو باطل، فكذلك ما هنا على أن هذا معقول في مقابلة النص؛ وهو باطل.

واستدل المالكية، ومن معهم بالسنة والمعقول.

أما السنة: فأولاً ما روي عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: «نهى رسول الله (ﷺ) عن الشِّغار»، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله (ﷺ) نهى عن الشغار، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، فتوجب أن يكون الشغار فاسدًا. وهذا الذي روي عن أبي هريرة روى مثله أيضًا صحيحًا مسندًا عن ابن عمر، فقد روي عنه أنه قال: إن رسول الله (ﷺ) نهى عن الشغار. متفق عليه. وروي أيضًا من طريق جابر، وأنس.

=

. . . .

= ثانيًا ما روي أن النبي (ﷺ) قال: «لا شغار في الإسلام»، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي (ﷺ) قال: «لا شغار في الإسلام»، وهذا يحتمل أمرين نفي وجود الشغار في الإسلام. ونفي صحته، ولا شك أن وجوده في الإسلام واقع، فتعين حمل الكلام على نفي الصحة.

وأما المعقول، فقد قالوا فيه: إن كل واحد منهما جعل بضع موليته موردًا للنكاح، وصداقًا للأخرى، وذلك يوجب فساد العقد؛ كما لو زوج موليته من رجلين ـ وقد قيل للمالكية، ومن معهم في الأحاديث ما يأتي ـ.

أولاً: إن النهي عن نكاح الشغار، ونكاح الشغار هو النكاح الخالي عن العوض، وما هنا نكاح بعوض وهو مهر المثل، فلا يكون شغارًا ـ وترد هذه المناقشة بأن القول بأن هذا نكاح بعوض وهو مهر المثل غير مستقيم. فإن مهر المثل إنما أوجبتموه أنتم لتصحيح مذهبكم. وذلك أن الواقع في العقد إنما هو جعل بضع كل منهما في مقابلة بضع الأخرى.

وثانيًا ـ أي النهي يحمل على الكراهة ـ ويرد هذا الأصل في النهي أن يكون للتحريم، ولا يحمل على الكراهة إلاّ لدليل، ولا دليل هنا. لا سيما أن الشغار كان من أنكحة الجاهلية، فرفعه الإسلام؛ ولذلك قال الرسول (ﷺ): «لا شغار في الإسلام». وأما تفرقةُ الشافعية بين ما إذا جعل بضع كل منهما صداقًا للأخرى، وبين ما إذا لم يجعل بضع كل منهما صداقًا للأخرى، حيث حكموا بالفساد في الصورة الأولى دون الثانية ـ فتفرقة غير ظاهرة في نفي الصداق معناه جعل بضع كل منهما صداقًا للأخرى، ولو لم يصرحا بذلك.

الثَّانِيَةَ إذا سميا لكل واحدة منهما صداق وهو المسمى بوجه الشغار أو سميا لواحدة منهما دون الأخرى وهو المركب منهما.

اختلف الفقهاء في صحة النكاح وفساده في هذه الحالة أيضًا.

فذهب المالكية والظاهرية إلى القول بالفساد في هذه الحالة وهو الصحيح من مذهب الشافعية قال ابن شهاب الدين الرملي: ولو سميا أو أحدهما مـالاً مع جعل البضع صداقًا كأن قال. ويضع كل وألف صداق الأخرى بطل في الأصح لبقاء معنى التشريك، والثاني يصح؛ لأنه ليس على صورة تفسير الشغار؛ ولأن لم يخل عن المهر.

وذهب الحنابلة إلى التفصيل: فقالوا إذا سميا صداقًا لكل واحدة صح النكاح، ولهم في المهر روايتان فقيل تفسد التسمية. ويجب مهر المثل؛ لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلاّ بشرط أن يزوج وليته صاحبه، فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل، وعند بطلان المسمى يرجع إلى مهر المثل. والرواية الثانية أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدرًا معلومًا يصح أن يكون مهرًا فصح.

وأما أن سميا صداقًا لواحدة دون الأخرى، فقيل يفسد النكاح فيهما. وقيل يفسد في التي لم يسمى لها صداق ويصح في التي سمى لها مهر.

استدل الحنابلة، ومن وافقهم على القول بصحة النكاح إذا سميا لكل واحدة منهما مهرًا. بما رُوِيَ عن ابن عمر رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ ـ «نهى عن الشِّغَارِ» والشغار أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه ابنته ليس بينهما صداق.

ووجه الدلالة من هذا أنهم قالوا: إن الشغار المنهي عنه هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه =

أصحهما: لِلتَّشْرِيكِ؛ فإنه جعل بعض الْبُضْعِ منكوحًا، والبضع صداقًا للأخرى؛ كما لو زَوَّجَ امرأةً من رَجُلَيْنِ ـ لا يصحُّ:

والثَّاني: للتوقيت؛ كأنه قال: لا ينعقد لك نكاحُ ابنتي، حتى يَنْعَقِدَ لي نِكَاحُ ابنتك؛ كما لو قال: زَوَّجْتُكَ ابنتي على أنك إذا قَبِلْتَ لا ينعقد حَتَّىٰ يَأْتِيَ الْغَدُ.

فلو قال: زَوَّجْتُكَ ابنتي على أن تُزَوِّجَنِي ابنتك، فَقَبِلَ، ولم يقل: بُضْعُ كُلِّ وَاحِدَةٍ صَدَاقٌ للأخرى، وقال الآخر مثله ـ صَحَّ النِّكَاحَانِ جميعًا؛ لأنه لا تشريكَ فيه، ويجب لِكُلِّ واحدٍ مَهْرُ المثلِ؛ كما لو قال: زَوَّجْتُكَ ابنتي على أن تَبِيعَنِي دَارَكَ، فَقَبِلَ ـ صَحَّ النِّكَاحُ؛ ويجبُ مهرُ المثلِ.

= ابنته ليس بينهما صداق. وأما إذا وجد فيه صداق كما هنا فليس هو من الشغار المنهي عنه، وإذا لم يكن كذلك فيكون صحيحًا.

ويرد هذا الدليل بأن تفسير الشِّغارِ الواقع في الحديث ليس هو من كلام الرسول (ﷺ)، وإنما هو من قول مالك وصل بالمتن المرفوع. وقيل: هو من قولِ نافعٍ. فقد روى الإسماعيلي من حديث محرز بن عون، ومعن بن عيسى، عن مالك عن نافع عن ابن عمر؛ أن رسول الله (ﷺ) «نهى عن الشِّغار» ـ قال محرز: قال مالك: والشغار هو أن يزوج الرجل ابنته... إلى آخره: ـ وقال في «صحيح مسلم» من غير طريق مالك أن تفسير الشغار من قول نافع. وإذا ثبت أن تفسير الشغار ليس من قول النبي (ﷺ) فلا يكون فيه حجة، وأما المالكية، ومن وافقهم فقد استدلوا بما رُوي عن الأعرج، أن العباس بن عبد الله بن العباس بن عبد المطلب أنكح ابنته عبد الرحمن بن الحكم بن أبي العاص بن أمية، وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وكانا جعلا صداقًا، فكتب معاوية إلى مروان يأمره أن يفرق بينهما، وقال معاوية في كتابه: هذا الشغار ـ الذي نهى عنه رسول الله (ﷺ).

ووجه الدلالة من هذا أن معاوية أمر بفسخ هذا النكاح، مع أنه سمى فيه الصداق لكل واحدة منهما. وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم يعرف له منهم مخالف. فدلَّ ذلك على فساده، وإلاَّ لما أمر معاوية بفسخه، ولما أقر عليه.

فإن قال قائل: إن هذا اجتهادٌ من معاوية، وعدم إنكار من حضر من الصحابة لا يدل على الرضى والموافقة. فإن السكوت في المسائل الاجتهادية لا يكون دليلاً على الرضى ـ يجاب عن هذا بأن معاوية قال في كتابه: إن هذا هو الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ. فقد نسبه إلى الرسول لا إلى اجتهاده، وعلى ذلك يحمل سكون من حضر من الصحابة على موافقتهم له بأن هذا من الشغار الذي نهى عنه الرسول (ﷺ) ـ وأما وجه قول الحنابلة فيما إذا سميا لأحداهما مهرًا دون الأخرى على رواية أن النكاح يفسد فيهما. فقد قالوا: إن فسد في إحداهما، فوجب أن يفسد في الأخرى؛ لأن نكاح كل واحدة منهما متوقِّفٌ على نكاح الأخرى.

وأما على رواية فساد نكاح التي لم يسم لها مهر دون الأخرى؛ فذلك لأن نكاح التي لم يسم لها خلاً من المهر بخلاف نكاح الأخرى فيفسد. وأما الثانية فيصح نكاحها، لأن فيه تسمية وشرطًا، فأشبه ما لو سمى لكل واحدة منهما. ويرد هذا بأن الأولى فساد نكاحهما معًا لتوقف نكاح كل على نكاح الأخرى كما هو القولُ الأول ينظر المنهاج ٦/ ٢١١.

وقيل: إن قَصَدَ التَّوْقِيتَ، بطل، ويجيء على قياس هذا، لو قال: زَوَّجْتُكَ ابنتي على أن تُزَوِّجَنِي ابنتك ويكون بضعُ ابنتك صَدَاقًا لابنتي فَقَبِلَ - صحَّ الأَوَّلُ؛ لأنه لا تشريك فيه، ولم يَصِحَّ الثَّانِي للتَّشريك.

ولو قال: زَوَّجْتُكَ ابنتي على أن تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ، أو قال: زوجتك ابنتي وتزوجت ابنتك، ويكون بُضْعُ ابنتي صَدَاقًا لابنتك، فَقَبِلَ - صَحَّ الثاني، وَبَطَلَ الأَوَّلُ.

ولو سَمَّىٰ لهما أو لإِحْدَيْهِمَا صداقًا، فقال: زَوَّجْتُكَ ابنتي بألفٍ على أن تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ، على أن يكون بضعُ كُلِّ واحدةٍ صداقًا للأخرى، أو قال: زوجتك ابنتي على أن تُزَوِّجَنِي ابنتك، ويكون بُضْعُ كُلِّ واحدةٍ صَدَاقًا للأخرى، أو قال: ويكون بضعُ كُلِّ واحدة ومائةُ درهم صَدَاقًا لصاحبتها - فالمنصوصُ أنه يَصِحُّ

ومن أصحابنا من قال: يصحُّ؛ لأنه ليس على صُورَةِ الشِّغَارِ المنهيِّ عنه.

ومنهم من قال: لا يصحُّ؛ لأجل التشريك، والمرادُ من النَّصِّ إذا سَمَّىٰ الصَّدَاقَ، ولم يقل: على أن بُضْعَ كُلِّ واحدةٍ صَدَاقًا للأخرى؛ بأن قال: زوجتك ابنتي بألفٍ على أن تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ، أو قال: زوجتُك ابنتي على أن تزوجَني ابنتك، ومهرُ كُلِّ واحدةٍ مائةُ درهمٍ، فَقَبِلَ عليه - صَحَّ النِّكَاحَانِ، ووجبَ مهرُ المثلِ لأجل الشَّرْطِ، وهذا أصحُّ؛ نَصَّ عليه في «الإملاء».

وعند مالك: نِكَاحُ الشِّغَارِ فاسدٌ؛ لفساد الصَّدَاقِ، وعنده فسادُ الصَّدَاقِ يُوجِبُ فَسَادَ النكاح.

وعند أبي حنيفة: نِكَاحُ الشِّغَارِ صَحِيحٌ، ويجبُ مهرُ المثلِ للمرأة، والحديثُ[1] حُجَّةٌ عليه؛ لأن النهي أَوْجَبَ الْفَسَادَ؛ كما في نِكَاحِ الْمُتْعَةِ.

ولو قالَ: زوجتُك ابنتي بمتعةِ ابنتك - صَحَّ النِّكَاحُ، وفسدَ الصَّدَاقُ، ولها مهرُ الْمِثْلِ.

بَابُ[2] نِكَاحِ الْمُتْعَةِ وَالْمُحَلِّلِ

رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ رَسُولَ اللهِ - ﷺ - نَهَىٰ عَامَ خَيْبَرَ عَنْ نِكَاحِ الْمُتْعَةِ[3].

صُورَةُ نِكَاحِ الْمُتْعَةِ: أَن يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً إِلى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ، فَإِذا مَضَتْ بَانَتْ مِنْهُ، بأَن قال:

---

(١) في أ: والخبر.

(٢) في أ: الكتاب.

(٣) ورد تحريم نكاح المتعة من حديث جماعة من الصحابة وهم علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب =

. . . .

= وسلمة بن الأكوع وسبرة بن معبد وأبو هريرة وجابر وثعلبة بن الحكم وابن عمر وأبو ذر وابن عباس ورجل والحارث بن غزية وسهل بن سعد وكعب بن مالك وابن مسعود وأنس وحذيفة وعائشة.

حديث علي.

أخرجه مالك (٢/ ٥٤٢) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة (٤١) والبخاري (٧/ ٤٨١) كتاب المغازي: باب غزوة خيبر حديث (٤٢١٦) ومسلم (٢/ ١٠٢٧، ١٠٢٧) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة حديث (٢٩ ـ ٣٢/ ١٤٠٧) والنسائي (٦/ ١٢٥ ـ ١٢٦) كتاب النكاح: باب تحريم المتعة والترمذي (٣/ ٤٢٩) كتاب النكاح: باب تحريم نكاح المتعة حديث (١١٢١) وابن ماجه (١/ ٦٣٠) كتاب النكاح: باب النهي عن نكاح المتعة حديث (١٩٦١) والشافعي (٢/ ١٤) كتاب النكاح: باب الترغيب في التزوج حديث (٣٥) وأحمد (١/ ٧٩) والطيالسي (١/ ١٨) حديث (١١١) والدارمي (٢/ ١٤٠) كتاب النكاح: باب النهي عن متعة النساء والحميدي (١/ ٢٢) رقم (٣٧) وابن الجارود (٦٩٧) وأبو يعلى (١/ ٤٣٤) رقم (٥٧٦) والطبراني في «المعجم الصغير» (١/ ١٣٣) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٤) والدارقطني (٣/ ٢٥٧ ـ ٢٥٨) كتاب النكاح: باب المهر حديث (٥١) وأبو نعيم في «الحلية» (٣/ ١٧٧) والبيهقي (٧/ ٢٠١ ـ ٢٠٢) كتاب النكاح.

باب نكاح المتعة، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٦/ ١٠٢) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٧٧ ـ بتحقيقنا) من طرق عن الزهري عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الأنسية.

قال الترمذي: حديث علي حديث حسن صحيح.

وقال أبو نعيم: هذا حديث صحيح متفق عليه.

وقال البغوي: هذا حديث متفق على صحته.

والحديث أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ٤٦١) من طريق مالك عن الزهري عن عبد الله ـ وحده دون ذكر الحسن ـ عن أبيه عن علي بن أبي طالب به.

وللحديث طريق آخر عن علي.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥٩) كتاب النكاح: باب المهر حديث (٥٥) ومن طريقه الحازمي في «الاعتبار» (ص ـ ١٧١) من طريق ابن لهيعة عن موسى بن أيوب عن إياس بن عامر عن علي بن أبي طالب قال: نهى رسول الله ﷺ قال: وإنما كانت لحسن لم يجد فلما أنزل النكاح والطلاق والعدة والنكاح والميراث بين الزوج والمرأة نسخت. وقال الحازمي: غريب من هذا الوجه وقد روي من طرق تقوي بعضها بعضًا.

وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٨٠): وضعفه ابن القطان في كتابه ا.هـ.

وقد جاء النهي عن علي موقوفًا أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٥٠٥) رقم (١٤٠٤٦) عنه قال: نسخ رمضان كل صوم ونسخت الزكاة كل صدقة ونسخ المتعة الطلاق والعدة والميراث قلت: وسنده ضعيف.

حديث عمر بن الخطاب.

أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٣١) كتاب النكاح: باب النهي عن نكاح المتعة حديث (١٩٦٣) من طريق =

= أبان بن أبي حازم عن أبي بكر بن حفص عن ابن عمر قال: لما ولي عمر بن الخطاب خطب الناس فقال: إن رسول الله ﷺ أذن لنا في المتعة ثلاثًا ثم حرمها والله لا أعلم أحدًا يتمتع وهو محصن إلاّ رجمته بالحجارة إلاّ أن يأتي بأربعة يشهدون أن رسول الله ﷺ أحلها بعد إذ حرمها.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٠٨): هذا إسناد فيه مقال أبو بكر بن حفص ذكره ابن حبان في الثقات وقال ابن أبي حاتم عن أبيه: كتبت عنه وعن أبيه وكان أبوه يكذب قلت: لا بأس به قال: لا يمكنني أن أقول لا بأس به انتهى... وإبان بن أبي حازم مختلف فيه. انتهى كلام البوصيري وأبان هو ابن عبد الله بن أبي حازم البجلي الأحمسي. قال البخاري: صدوق الحديث «علل الترمذي» ص ـ ٩٥ وقال أحمد صالح الحديث «العلل ومعرفة الرجال» (٢٢٠١) وقال العجلي: ثقة الثقات (١٠).

وقال ابن حبان في «المجروحين» (١/ ٩٩): كان ممن فحش خطؤه وانفرد بالمناكير.

وضعفه النسائي فقال: ليس بالقوي وكذا الدارقطني ينظر التهذيب (١/) رقم (١٧٢).

وقال الحافظ ابن حجر في «التقريب» (١/ ٣١) رقم (١٦٢): صدوق في حفظه لين. وصحح الحافظ سنده في «التلخيص» (٣/ ١٥٤).

حديث سلمة بن الأكوع.

أخرجه أحمد (٤/ ٥٥) ومسلم (٢/ ١٠٢٢) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة حديث (١٨/ ١٤٠٥) والدارقطني (٣/ ٢٥٨) كتاب النكاح: باب المهر (٥٢) والبيهقي (٧/ ٢٠٤) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة كلهم من طريق عبد الواحد بن زياد حدثني أبو عميس عن إياس بن سلمة عن أبيه أن النبي ﷺ رخص في متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام ثم نهى عنها.

حديث سبرة بن معبد الجهني.

أخرجه مسلم (٢/ ١٠٢٦) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة حديث (٢٤/ ١٤٠٦) وأبو داود (٢/ ٥٥٨ ـ ٥٥٩) كتاب النكاح: باب في نكاح المتعة حديث (٢٠٧٢، ٢٠٧٣) والنسائي (٦/ ١٢٦ ـ ١٢٧) كتاب النكاح: باب تحريم المتعة وابن ماجه (١/ ٦٣١) كتاب النكاح: باب النهي عن نكاح المتعة حديث (١٩٦٢) والشافعي (٢/ ١٤) كتاب النكاح: باب الترغيب في النكاح حديث (٣٣، ٣٤) والحميدي (٢/ ٣٧٤) رقم (٨٤٦، ٨٤٧) وأحمد (٣/ ٤٠٤) والدارمي (٢/ ١٤٠) كتاب النكاح: باب النهي عن متعة النساء وابن الجارود (٦٩٨، ٦٩٩) وأبو يعلى (٢/ ٢٣٨) رقم (٩٣٨، ٩٣٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٥ ـ ٢٦) والبيهقي (٧/ ٢٠٣، ٢٠٤) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة وأبو نعيم في «الحلية» (٥/ ٣٣٦) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٤/ ٣٢٨) من طريق الربيع بن سبرة بن معبد عن أبيه أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة.

حديث أبي هريرة.

أخرجه أبو يعلى (١١/ ٥٠٣ ـ ٥٠٤) رقم (٦٦٢٥) وابن حبان (١٢٦٧ ـ موارد) والدارقطني (٣/ ٢٥٩) كتاب النكاح: باب المهر (٥٤) والبيهقي (٧/ ٢٠٧) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة، كلهم من طريق مؤمل بن اسماعيل حدثنا عكرمة بن عمار قال أخبرني سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك فنزلنا ثنية الوداع فرأى رسول الله ﷺ مصابيح ورأى نساءً يبكين فقال: ما هذا فقال: نساءٌ تُمتِّع منهن يبكين فقال رسول الله ﷺ: حرّم أو قال هدم المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث.

=

. . . .

= وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٧) وقال: رواه أبو يعلى وفيه مؤمل بن اسماعيل وثقه ابن معين وابن حبان وضعفه البخاري وغيره وبقية رجاله رجال الصحيح.

وذكره الحافظ في «المطالب العالية» (٢/ ٧٠) رقم (١٦٧٩) وعزاه إلى أبي يعلى.

وقال في «التلخيص» (٣/ ١٥٤): إسناده حسن.

وقد خالف مؤمل في هذا الحديث بشر بن عمر الزهراني أخرجه الحارث بن أبي أسامة (٤٧٧ ـ بغية الباحث) ثنا بشر بن عمر الزهراني ثنا عكرمة بن عمار حدثني عبد الله بن سعيد المقبري قال رسول الله ﷺ: «تهدم المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث» هكذا مرسل.

وذكره الحافظ في «المطالب العالية» (٢/ ٧٠) رقم (١٦٧٨) وعزاه للحارث وقال: هكذا قال بشر بن عمر.

حديث جابر.

أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٧) والحازمي في «الاعتبار في الناسخ والمنسوخ» (ص ـ ١٧٩) عن جابر قال: خرجنا ومعنا النسوة اللاتي استمتعنا بهن حتى أتينا ثنية الركاب فقلنا يا رسول الله هؤلاء النسوة اللاتي استمتعنا بهن فقال رسول الله ﷺ: هن حرام إلى يوم القيامة فودعننا عند ذلك فسميت عند ذلك ثنية الوداع وما كانت قبل ذلك إلاَّ ثنية الركاب.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه صدقة بن عبد الله وثقه أبو حاتم وغيره وضعفه أحمد وجماعة وبقية رجاله رجال الصحيح.

حديث ثعلبة بن الحكم.

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٨) عنه أن النبي ﷺ نهى يوم خيبر عن نكاح المتعة.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح خلا شريك وهو ثقة.

حديث ابن عمر.

أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٨) من طريق سالم بن عبد الله قال: أتى عبد الله بن عمر فقيل له إن ابن عباس يأمر بنكاح المتعة فقال ابن عمر: سبحان الله ما أظن ابن عباس يفعل هذا قالوا: بلى أنه يأمر به قال: وهل كان ابن عباس إلاَّ غلامًا صغيرًا إذ كان رسول الله ﷺ ثم قال ابن عمر: نهانا عنها رسول الله ﷺ وما كنا مسافحين.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح خلا المعافى بن سليمان وهو ثقة. وذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٥٤) وقال: إسناده قوي.

وأخرج البيهقي (٧/ ٢٠٦) من طريق عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن متعة النساء فقال حرام أما إن عمر بن الخطاب لو أخذ فيها أحدًا لرجمه بالحجارة.

وللحديث طريق آخر.

أخرجه البلخي في «مسند أبي حنيفة» ـ كما في «جامع المسانيد» (٢/ ٩٧) للخوارزمي من طريق أبي حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن متعة النساء.

حديث أبي ذر. =

. . . .

= أخرجه البيهقي (٧/ ٢٠٧) عنه قال: إنما أحلت لنا أصحاب رسول الله ﷺ متعة النساء ثلاثة أيام ثم نهى عنها رسول الله ﷺ.

حديث ابن عباس.

أخرجه الترمذي (٣/ ٤٣٠) كتاب النكاح: باب تحريم نكاح المتعة حديث (١١٢٢) والبيهقي (٧/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة من طريق موسى بن عبيدة الربذي عن محمد بن كعب عن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه حتى إذا نزلت الآية ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ قال ابن عباس: فكل فرج سوى هذين فهو حرام.

وهذا إسناد ضعيف لضعف موسى بن عبيدة الربذي. وهذا الأثر يحتج به الذين يقولون برجوع ابن عباس عن فتواه بجواز المتعة.

حديث رجل.

أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «المجمع» (٤/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩) عن زيد بن خالد الجهني قال: كنت أنا وصاحب لي نحاكي امرأة في الأجل وتماكسنا فأتانا آت فأخبرنا أن رسول الله ﷺ حرم نكاح المتعة وحرم أكل كل ذي ناب من السباع والحمر الأنسية.

وقال الهيثمي وفيه موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف.

حديث الحارث بن غزية.

ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩) عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول يوم فتح مكة: متعة النساء حرام ثلاث مرات.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه اسحق بن عبد الله بن أبي فروة وهو ضعيف.

حديث سهل بن سعد.

ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩) عنه قال: إنما رخص رسول الله ﷺ في المتعة لحاجة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه يحيى بن عثمان بن صالح وابن لهيعة وكلاهما حديثه حسن وفيه كلام وبقية رجاله رجال الصحيح.

حديث كعب بن مالك.

ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩) عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن متعة النساء.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه يحيى بن أبي أنيسة وهو متروك.

حديث ابن مسعود.

ذكره الخوارزمي في «جامع المسانيد» (٢/ ١٠٦) وعزاه إلى محمد بن الحسن في «الآثار» والحسين بن خسرو في «مسند» «أبي حنيفة» عن أبي حنيفة عن إبراهيم عن عبد الله بن مسعود أنه قال في متعة النساء إنما رخصت لأصحاب النبي ﷺ ثلاثة أيام في غزاة لهم شكوا إلى النبي ﷺ ثم نسختها آية النكاح والصداق والميراث.

حديث أنس.

أخرجه أبو محمد البخاري وطلحة بن محمد وأبو بكر محمد بن عبد الباقي والحسن بن زياد في =

زَوَّجتك ٱبْنَتِي سَنَةً، أَو تَزَوَّجْتُ ٱبْنَتَكَ شَهْرًا فَقَبِلَ، ـ فَهُوَ باطِلٌ، وكان ذلك جائِزًا في ٱبتداءِ الإِسْلام، ثُمَّ نُسِخَ[1].

= «مسانيد أبي حنيفة»، كما في «جامع المسانيد» (٢/ ٨٦ ـ ٨٧) عن أبي حنيفة عن الزهري عن أنس أن النبي ﷺ نهى عن المتعة.

حديث حذيفة.

أخرجه أبو محمد البخاري في «مسند أبي حنيفة» كما في «جامع المسانيد» (٢/ ١٠٩) عن أبي حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن حذيفة قال: سمعت رسول الله ﷺ حرم متعة الناس.

حديث عائشة.

أخرجه الحاكم (٢/ ٣٩٣) والبيهقي (٧/ ٢٠٦) والحارث بن أبي أسامة (٤٧٨ ـ بغية الباحث من طريق نافع بن عمر عن ابن أبي مليكة قال: سئلت عائشة عن متعة النساء فقالت: بينكم وبيني كتاب الله وقرأت ﴿إلاَّ على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾. من ابتغى وراء ما زوجه الله أو ملكه فقد عدا.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي وذكره الحافظ ابن حجر في «المطالب العالية» (٢/ ٧٠) رقم (١٦٧٧) وعزاه للحارث.

وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٨) وزاد نسبته إلى ابن المنذر وابن أبي حاتم.

(١) أصل المتعة في اللغة: الانتفاع. يقال: تمتعت بكذا. واستمتعت بمعنى. والاسم المتعة. قال الجوهري: ومنه متعة النكاح ومتعة الطلاق ومتعة الحج لأنه انتفاع. والمراد بالمتعة هنا أن يتزوج الرجل المرأة مدة من الزمن سواء أكانت المدة معلومة مثل أن يقول زوجتك ابنتي مثلاً شهرًا. أو مجهولة مثل أن يقول زوجتك ابنتي إلى قدوم زيد الغائب فإذا انقضت المدة فَقَدْ بَطَلَ حكم النكاح، وإنما سمى النكاح لأجل بذلك لانتفاعها بما يعطيها، وانتفاعه بعضًا، شهوته. فكان الغرض منها مجرد التمتع دون التوالد، وغيره من أغراض النكاح.

وقد كانت المتعة منتشرة عند العرب في الجاهلية، فكان الرجل يتزوج المرأة مدة. ثم يتركها من غير أن يرى العرب في ذلك غضاضة ـ فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك في أول الأمر ولم نعلم أن النبي ﷺ نهى عن المتعة إلاَّ في غزوة خيبر في السنة السابعة من الهجرة. فقد روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ ـ «نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحُمُرِ الإِنْسِيَّةِ» واستمر الأمر على ذلك. حتى فتح مكة حيث ثبت أن النبي ﷺ ـ أباحها ثلاثة أيام. وفي بعض الروايات أنه أباحها يوم أوطاس. ولكن الحقيق أن ذلك كان في يوم الفتح. ومن قال: يوم أوطاس. فذلك لاتصالها بها. ثم حرمها رسول الله ـ ﷺ ـ بعد ذلك إلى يوم القيامة.

فيعلم من هذا أن المتعة كانت مباحة قبل خيبر ثُم حرمت في خيبر ثُمَّ أبيحت يوم الفتح، ثُمَّ حرمت بعد ذلك إلى يوم القيامة. فتكون المتعة مما تناولها التحريم والإباحة مرتين.

وقد نشأ من هذا الاختلاف في المتعة بين الصحابة. فمنهم من يرى أن إباحة المتعة قبل خيبر كانت للضرورة وللحاجة. ثم لما ارتفعت الحاجة في خيبر نهى عنها رسول الله ﷺ. ثُمَّ لما تجددت الحاجة عام الفتح أذن فيها. ولما ارتفعت الحاجة نهى عنها. وعليه فتكون المتعة مباحة عند الحاجة وبهذا كان يقول ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ الا أنه رجع كما سيأتي بيانه.

ومنهم من يرى أن نهي النبي ـ ﷺ ـ عن المتعة يوم خيبر كان نسخًا لها، ثم رفع النسخ في يوم =

. . . .

= الفتح ثلاثة أيام، ثم نسخت بعد ذَلِكَ إلى يوم القيامة. وإلى هذا ذهب جمهور الصحابة.

وقد اختلف الفقهاء، في المتعة هل هي محرمة فتكون من الأنكحة الفاسدة أو مباحة فتكون من الأنكحة الصحيحة؟

فذهب الجمهور إلى القول بتحريمها، وأنها من الأنكحة الفاسدة التي تفسخ مطلقًا قبل الدخول وبعده، وهو مذهب الأئمة الأربعة.

وذهب الأمامية من الشيعة إلى القول بأنه نكاح المتعة إلى يوم القيامة، بل منهم من تغالى في ذلك، وقال إنها قربة. وعليه فالخلاف في المتعة بين الجمهور والأمامية.

ولما لم أجد كتابًا من كتب الأمامية أثق به لأستطيع استيفاء الكلام على مذهبهم في المتعة رأيت أنه اكتفى بما قاله شرف الدين الصنعاني وهو من علماء الشيعة، فإنه بعد أن ذكر الحديث عن علي قال ما نصه. والحديث يدل على تحريم نكاح المتعة للنهي عنه. وهو النكاح المؤقت إلى أمد مجهول أو معلوم وغايته إلى خمسة وأربعين يومًا. ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت المذكور في النفطعة الحيض، والحائض بحيضتين والمتوفى عنها بأربعة أشهر وعشر ولا يثبت لها مهر ولا نفقة ولا توارث ولا عدة إلاَّ الاستبراء بما ذكر ولا نسب يثبت به إلاَّ أن يشترط. وتحرم المصاهرة بسببه هكذا ذكره في بعض كتب الأمامية. وأنا أذكر دليل الأمامية والرد عليه.

استدل الأمامية على القول بإباحة المتعة بالكتاب والأثر والمعقول والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ فإنهم حملوا الاستمتاع في الآية على المتعة. وقالوا المراد بقوله تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ أجر المتعة، ومما يؤيد أن الآية في المتعة قراءة أبي وابن عباس «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَىٰ أَجَلٍ» فهي صريحة في المتعة.

وأما الأثر: ـ فألا ما روي أن ابن عباس كان يفتي بالمتعة، ووجه الدلالة من هذا أنهم قالوا لو لم تكن المتعة مباحة لما أفتى بها ابن عباس إذ لا يليق بمثله أن يفتي بها مع أنها محرمة.

وثانيًا: ـ بما روي عن جابر رضي الله عنه قال تمتعنا على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر ـ ووجه الدلالة من هذا أن جابرًا ـ رضي الله عنه ـ أخبر أنهم استمتعوا في زمن النبي ـ ﷺ ـ وفي خلافة أبي بكر وفي صدر من خلافة عمر وهذا يدل على أن المتعة مباحة. وإنما نهى عنها عمر من باب السياسة الشرعية.

وأما المعقول: ـ فقد قالوا: إنها منفعة خالية من جهات القبح ولا نعلم فيها ضررًا عاجلاً ولا آجلاً. وكل ما هذا شأنه فهو مباح. فالمتعة مباحة وأما الإجماع: ـ فإنهم قالوا أجمع أهل البيت على إباحتها.

وتناقش هذه الأدلة: التي تمسك بها الأمامية بما يأتي:

أما الآية فيقال لهم فيها أنها بمعزل عن الدلالة لكم إذ هي محمولة على النكاح الدائم وما يجب للمرأة من المهر كاملاً إذا استمتع بها الزوج ويؤيد هذا أنها وردت في سياق الكلام على النكاح بالعقد المعروف بعد الكلام على أجناس يحرم التزوج بها ـ وتسمية المهر أجرًا لا يدل على أنه أجر المتعة فقد سمي المهر أجرًا في غير هذا الموضع كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ أي مهورهنَّ، وكقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ أي مهورهنَّ. وأما قراءة ابن عباس فهي شاذة، والقراءة الشاذة لا تعارض القطعي وهي الآية الدالة على التحريم، وهي قوله =

. . . .

= تعالى: ﴿إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ مع أن الدليلين إن تساويا في القوة وتعارضا في الحل والحرمة قدم دليل الحرمة منهما. ويقال لهم فيما روي عن ابن عباس أنه ثبت رجوعه عنه، وقد كان يفتي بها أولاً، لأنه فهم من نهي النبي ﷺ عنها يوم خيبر، ثم إباحتها يوم الفتح ثم نهيه عنها بعد ذلك، أن الإباحة كانت للضرورة. وأنهى عند ارتفاعها. يؤيد ذلك ما رُوي عن شعبة عن أبي جمرة قال: سمعت ابن عباس سئل عن متعة النساء فرخص فيها، فقال له مولى له إنما ذلك في الحال الشديد، وفي النساء قلة. فقال ابن عباس نعم فإنه يعلم من هذا أن ابن عباس كان يتأول في إباحة نكاح المتعة لمضطر إليه ثم توقف بعد ذلك لما ثبت له النسخ.

ومما يؤيد رجوع ابن عباس ما أخرجه الترمذي، أن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت ﴿إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ﴾ فقال ابن عباس: فكل فرج سواهما حرام.

وقد روي رجوعه أيضاً البيهقي وأبو عوانة في صحيحه. وروي عنه أنه قال عند موته «اللَّهُمَّ إِنِّي أَتُوبُ إِلَيْكَ» من قوله في المتعة والصرف. وعليه فلا يصح الاحتجاج بفتوى ابن عباس وقد رجع عنها.

ويقال لهم في أثر جابر إن قوله: «تمتعنا الخ. . .» يحمل على أن من تمتع لم يبلغه النسخ حتى نهى عنها عمر. أو يكون جابر رضي الله عنه قال ذلك لفعلهم في زمن رسول الله ﷺ ثم لم يبلغه النسخ، حتى نهى عنها عمر، فاعتقد أن الناس باقون على ذلك لعدم الناقل عنده. والقول بأن عمر هو الذي نهى عنها، وأن ذلك من قبيل السياسة الشرعية غير مسلم، فإن عمر إنما قصد الأخبار عن تحريم النبي ﷺ ونهيه عنها. إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه، وبقي على إباحته؛ ومما يؤيد أن نهيه عنها ليس من قبيل السياسة الشرعية، بل إنه نهى عنها لما علم نهي النبي ﷺ ما روي من طريق سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر قال: صعد عمر المنبر فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْكِحُون هَذِهِ الْمتْعَةَ وَقَدْ نَهى رسولُ اللهِ ﷺ عنها «لاَ أُوتِيَ بِأَحَدٍ نَكَحَهَا إِلاَّ رَجَمْتُهُ».

ويقال لهم في المعقول لا نسلم أنها منفعة خالية من جهات القبح، ولا ضرر فيها في الآجل ولا في العاجل، بل الضرر يتحقق فيها، فإن فيها امتهان المرأة وضياع الأنساب، فإنه مما لا شك فيه أن المرأة التي تنصب بنفسها ليستمتع بها كل من يريد تصبح محتقرة في أعين الناس، وأيضاً فهو معقول في مقابلة النص، وهو باطل.

ويقال لهم في الإجماع أولاً: إن إجماع أهل البيت على فرض إجماعهم ليس بحجة، فما بالك والإجماع لم يصح عنهم. فهذا زيد بن علي، وهو من أعلمهم، يوافق الجمهور. ثم إن الإمام علياً رضي الله عنه، وهو رأس الأئمة عندهم يقول بتحريمها فقد روي عن طريق جويرية بن مالك بن أنس عن الزهري أن عبد الله بن محمد بن علي بن أبي طالب والحسن بن محمد حدثاه عن أبيهما أنه سمع علياً بن أبي طالب يقول لابن عباس إنك رجل تائه أي: مائل أن رسول الله ﷺ نهى عن المتعة.

وأما الجمهور فقد استدلوا على تحريم نكاح المتعة بالكتاب، والسُّنَّة، والمعقول، والإجماع. أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾، ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة، أنها أفادت أن الوطء لا يحل إلا في الزوجة، والمملوكة؛ وامرأة المتعة لا شك أنها ليست مملوكة، ولا زوجة. =

. . . .

= أما أنها ليست مملوكة فواضح. وأما أنها ليست زوجة، فلأنها لو كانت زوجة لحصل التوارث بينهما، لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ. . .﴾ الآية، وبالاتفاق لا توارث بينهما.

وثانياً: لبنت النسب لقوله (ﷺ): «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»، وبالاتفاق لا يثبت النسب.

وثالثاً: لوجبت العدة عليها، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ. . .﴾ الآية.

وأما السُّنَّة فأولاً: ما روى مالك، عن ابن شهاب، عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه)، عن أبيهما، عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأنسية.

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي (ﷺ) نهى عن المتعة، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، فيكون نكاح المتعة فاسداً.

والحديث يدل على نسخ ما تقدم من إباحتها.

ثانياً: ما روي عن سبرة الجهنيّ أنه غزا مع النبي (ﷺ) فتح مكة، قال: فأقمنا فيها خمسة عشر، فأذن لنا رسول الله (ﷺ) في متعة النساء، وذكر الحديث إلى أن قال: «فلم أخرج منها حتى حرمها رسول الله (ﷺ).

وفي رواية أنه كان مع النبي (ﷺ) فقال: «يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وأن الله قد حرَّم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئًا» رواه أحمد ومسلم.

ووجه الدلالة من الحديث أنه يدل برواياته على تحريم نكاح المتعة، وقد جاء في الرواية الثانية التصريح بتحريمها إلى يوم القيامة، فيكون ذلك نسخاً لإباحتها، وإذا ثبت ذلك فهي من الأنكحة الفاسدة.

وأما المعقول: فقد قالوا إن النكاح لم يشرع لقضاء الشهوة، بل شرع لأغراض ومقاصد يتوسل به إليها. واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يقع وسيلة إلى المقاصد التي من أجلها شرع النكاح، فلا يكون مشروعًا.

وأما بالإجماع: فقد قالوا إن الأمة امتنعت عن العمل بالمتعة، مع ظهور الحاجة إلى ذلك، وما ذلك إلا لعلمهم بنسخها.

وقد نوقشت أدلة الجمهور بما يأتي:

أما حديث علي فقد قيل لهم فيه: إنه وقع فيه كلام، حتى زعم ابن عبد البر أن ذكر النهي يوم خيبر غلط. وقال السهيلي: ويتصل بهذا الحديث تنبيه على إشكال لأن فيه النهي عن نكاح المتعة يوم خيبر، وهذا شيء لا يعرفه أهل السير، ورواة الآثار، والذي يظهر أنه وقع تقديم وتأخير في لفظ الزهري.

وقد أشار ابن القيم إلى تقرير هذا التقديم والتأخير، فقال: وأما نكاح المتعة فثبت عنه أنه أحلها عام الفتح، وثبت عنه أنه نهى عنها عام الفتح، واختلف هل نهى عنها يوم خيبر على قولين، والصحيح أن النهي إنما كان عام الفتح، وأن النهي يوم خيبر إنما كان عن الحمر الأهلية، وإنما قال علي لابن عباس إن رسول الله (ﷺ) نهى يوم خيبر عن متعة النساء، ونهى عن الحمر الأهلية محتجًا عليه في المسألتين، فظن بعض الرواة أن التقييد يوم خيبر راجع إلى الفعلين، فرواه بالمعنى ثم أفرد بعضهم أحد الفعلين، وقيده بيوم خيبر.

= وترد هذه المناقشة بأن أصحاب الزهري قد اتفقوا على نهي النبي (ﷺ) عن المتعة يوم خيبر، وهم حفاظ ثقات، وزيادة الحافظ الثقة تقبل، ولهذا قال عياض تحريمها يوم خيبر صحيح لا شك فيه.

والقول بأنه وقع في لفظ الزهري تقديم وتأخير يخالفه ظاهر الحديث، فإن ظاهره أن عام خيبر ظرف لتحريم نكاح المتعة.

ومما يؤيد هذا الظاهر حديث ابن عمر، الذي أخرجه البيهقي بإسناد قوي، أن رجلاً سأل عبد الله بن عمر عن المتعة، فقال: حرام، قال: فإن فلانًا يقول فيها، فقال: والله لقد علم أن رسول الله (ﷺ) حرمها يوم خيبر، وما كنا مسافحين.

والذي يظهر لي أن القائلين بأن النهي يوم خيبر إنما كان عن لحوم الحمر الأهلية، يحاولون بذلك استبعاد أن تكون المتعة قد نسخت مرتين، لأنه ثبت النهي عنها يوم الفتح، ومعلوم أن يوم الفتح بعد خيبر، إذ إن خيبر في السنة السابعة من الهجرة، وغزوة الفتح في السنة الثالثة، فيلزم من ذلك نسخها مرتين.

ونحن نرى أنه لا داعي لهذه المحاولة، ما دام الحديث ظاهرًا في أن يوم خيبر ظرف لتحريم نكاح المتعة، ولا مانع من نسخها مرتين، ولها نظير في الشريعة الإسلامية، وهو مسألة القبلة فقد نسخت مرتين. وذلك أن النبي (ﷺ) كان يصلي بمكة إلى الكعبة، ثم أمر بالصلاة إلى بيت المقدس بعد الهجرة، تألُّفًا لليهود، وامتحانًا للمسلمين الذين اتبعوه بمكة، ثم حول إلى الكعبة ثانيًا.

وقيل لهم في حديث سبرة الجهني إن القول بأن النبي (ﷺ) حرمها إلى يوم القيامة معارض بما روي عنه أن النبي (ﷺ) نهى عن المتعة في حجة الوداع، كما عند أبي داود.

وترد هذه المناقشة بأن هذا اختلف فيه عن سبرة، والرواية عنه بأنها في الفتح أصح، لأنهم في فتح مكة شكوا للنبي (ﷺ) العزوبة، فرخص لهم فيها مدة، ثم نسخها، وعلى تسليم صحة النهي عنها في حجة الوداع، فنقول إن النبي (ﷺ) أعاد النهي في حجة الوداع، ليسمعه من لم يكن سمعه قبل، فأكد ذلك حتى لا تبقى شبهة لأحد يدعي تحليلها.

ويقال لهم في الإجماع إنه غير مسلم، فقد ثُبت الجواز عن ابن عباس، كما ثبت عن جماعة من التابعين.

ويجاب عن هذا بأن ابن عباس صح عنه أنه رجع عن القول بحل المتعة كما قدمنا، فانعقد الإجماع على تحريمها. وأما خلاف بعض التابعين فإنه إن صح عنهم لم يضر بعد تقرر التحريم قبل حدوثهم.

يتبين لنا من بيان الأدلة ومناقشاتها رجحان مذهب الجمهور، من أن المتعة حرام، وهي من الأنكحة الفاسدة، لقوة أدلتهم. وأنه لا عبرة بمخالفة الإمامية، لما تبين من بطلان ما تمسكوا به من الأدلة.

هذا وقد نسب بعض العلماء القول بصحة نكاح المتعة إلى إمام دار الهجرة (رضي الله عنه).

من المال». قال صاحب الهداية من الحنفية: «ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال» وقال مالك (رحمه الله): «هو جائز».

وهذه النسبة باطلة، فإن الإمام مالكًا (رضي الله عنه) لم يقل بإباحة نكاح المتعة، ولا قال به أحد من المالكية، فإنهم جميعًا اتفقوا على تحريم نكاح المتعة. =

وحُكِيَ عَن ٱبن عبَّاس: أَنَّهُ كَانَ يُجَوِّزَهُ.

وقيل: إِنَّهُ رَجَعَ.

فَلَو نَكَحَ نِكَاحَ متعةٍ، وَوُطِىءَ جَاهِلاً - لاَ حَدَّ عليه، وعليه المهرُ، وإن كان عالِمًا بفَسَادِهِ، هل يَجِبُ عَلَيه الحَدُّ؟

إن صَحَّ رجوعُ ٱبن عبَّاس وَجَبَ؛ لأَنَّهُ محرمٌ بالإجماع.

وإن لَمْ يَصِحَّ رجوعُهُ فَيُبْنَىٰ على أَنَّ أَهْلَ عصرٍ لو ٱختلفوا في حكم حادثة، ثمَّ ٱتَّفَقَ أَهْلُ عَصْر بعدهم على أَحَدِ القَوْلَيْنِ، - هل يصيرُ إجماعًا وَجهان إنْ قُلنا: يصيرُ إجماعًا يجب الحدُّ.

وإن قلنا: لا يصير إجماعًا - وهو الأَصَحُّ - ، فَلاَ يَجِبُ الحَدُّ؛ كما لو نَكَحَ بِلاَ وَلِيٍّ.

وَوَطْءُ الشبهةِ مِنْ ثَلاثةِ أَوجه:

أَحدها: أَن يَكُونَ في الفاعِلِ، بأَن يَجِدَ عَلَىٰ فِرَاشِهِ ٱمْرَأَةً ظَنَّها زوجته، أَو أَمته، أَو زُفَّتْ إليه غير ٱمرأَتِه، فَوَطِئَهَا على ظَنِّ أَنَّها ٱمرأَته - لا حَدَّ ولا إثم؛ لقوله - ﷺ -: «يُرْفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ»(١).

= ولأجل مخالفة هذه النسبة لمذهب المالكية، نجد بعض علماء الحنفية أنكرها على موجب الهداية.

قال ابن نجيم في «البحر الرائق»: وما في «الهداية» من نسبته إلى مالك فغلط، كما ذكره الشارحون.

والموجود في كتب المالكية إنما هو فيمن نكح نكاحًا مطلقًا، ونيته أن لا يمكث معها إلا مدة نواها، فقالوا: إن ذلك جائز، وليس هو بنكاح متعة، ولو علمت المرأة بنيته.

وهذا لم ينفرد به المالكية، بل قال به الجمهور، إلا ما روي عن الأوزاعي فقد قال: هذا نكاح متعة، ولا خير فيه.

وقد قال الإمام مالك: ليس هذا من الجميل، ولا من أخلاق الناس.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا النكاح الذي نوى فيه الرجل الإقامة معها مدة نواها، وبين نكاح المتعة الذي قالت به الإمامية، وقلتم ببطلانه، نقول: الفرق بينهما واضح، وهو أن نكاح المتعة الذي قلنا ببطلانه، والذي قالت به الإمامية دخلا فيه على تحديده بمدة معينة أو غير معينة، وأيضًا فهو نكاح لا تترتب عليه أحكام النكاح من التوارث، ولحوق النسب، ووجوب العدة، بخلاف هذا، فإنه وإن نوى الإقامة معها مدة، إلا أنهما لم يدخلا على ذلك، وهو نكاح تترتب عليه آثاره، ففرق بينهما غاية الأمر أنه نوى الإقامة معها مدة نواها، وهذا لا يضر، لأن الرجل بيده الطلاق، فله أن يطلق في أي وقت شاء.

ينظر: الهداية (٢/ ٣٨٤) والروض النضير، شرح مجموع الفقه الكبير (٤/ ٢٢، ٢٦) وزاد المعاد (٤/ ٨).

(١) تقدم.

ويجب عليه مهرُ المِثلِ؛ كما لو دَخَلَ دارًا فوجد طعامًا ظَنَّهُ طَعَامَ نَفسِهِ، فأكَله، لَمْ يَأْثَمْ، وعليه الضَّمَانُ.

والوجه الآخر: أَن تكون الشبهةُ في الموطوءة، بأَن يكون له فيها مِلْكٌ، أَو شبهةُ مِلْكٍ؛ كالجارية المشتركة يَطَؤُهَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، أَو وَطِىءَ جَارِيَةَ أبنه، أَو مكاتبته، أَو أمة مكاتبه ـ لاَ حَدَّ عليه؛ لأَنَّ المِلْكَ يُثبِتُ الإباحَةَ، فوجوده في بعضها يُورِثُ الشُّبهة، ووجود شبهة يسقط الْحَدَّ.

والوجه الثالث: أَن تكون الشُّبهةُ في الطَّرِيقِ بأَن يَكُونَ حَلاَلاً عند بَعْضِ أَهْلِ الاجتهادِ مِمَّنْ يقول: اعتبار مثل النِّكاح بلا وَلِيٍّ ولا شهود، ونِكاح المتعة، والشِّغار، ونِكاح المحرم قبيحًا ـ: تعاطاه من يعتقد إِباحته، أَو يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ ـ فلا حَدَّ عليه؛ لأَنَّه لو اتَّفَقُوا على الإِباحةِ كانَ حَلاَلاً، وإذا قال بعضهم بالإِباحة، واحتملَ ما قال، ـ صَارَ شبهة في سُقُوطِ الْحَدِّ كوجود بَعْضِ الْمِلْكِ.

فأَمَّا من لا يعد خلافه خلافًا مثل الرَّافِضَةِ يَقُولُونَ: الطَّلَاقُ الثَّلاَثُ لا يقع، أَو يَقَعُ واحِدَةً، وله مُرَاجَعَتُهَا [بالوَطْءِ][1] ـ فمثل هذا لا يُوجِبُ سُقُوطَ الحَدِّ.

قال أَبو بكر الصيرفي ـ رضي الله عنه ـ[2]: الوَطْءُ في النِّكَاحِ المُخْتَلَفِ فِيهِ يُوجِبُ الْحَدَّ على مَنْ يعتقد تَحْرِيمَهُ.

ولو زنا رَجُلٌ بامْرَأَةٍ، أَو نَكَحَ الأُمَّ، فوطئها، أَو نَكَحَ امرأَةً في عِدَّةِ الغير، فَوَطِئَهَا ـ وهو عالم بكونها مُعْتَدَّةً ـ يَجِبُ عليه الحَدُّ، ولا عِدَّةَ عليها.

ولو ادَّعَى الجهلَ بالتَّحريم لا يُعَزَّرُ، إلاَّ بأَن يكُونَ قَرِيبَ العَهْدِ بالإِسْلام، أَو نَشَأَ بموضعٍ بَعِيدٍ عن دَارِ الإِسْلام، أَو كان مَجْنُونًا فَأَفَاق، وَزَنَا قبل أن يعلم الأَحكام ـ نقبل قوله، ولاَ حَدَّ.

وإذا قبلنا قوله، وأَسْقطنا الْحَدَّ، فهل يثبت النَّسَبُ؟ وهل يَجِبُ المَهْرُ؟ وهل يكونُ الولدُ حُرًّا إن [كان][3] فعل ذلك بأَمة؟ فيه وَجْهَانِ:

أَصَحُّهما: بلى، كما يسقط الحَدُّ.

والثَّاني: لا تتعلَّق به هذه الأَحكامُ، ويسقطُ الحَدُّ لأَجل الشُّبْهَةِ، وكذا المجنون إذا زَنَا هل يثبت النَّسَب؟ فيه وجهان:

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

الأَصَحُّ: ثبوته.

قال الشيخ: هل تَجِبُ العِدَّةُ؟ يبنى على ثُبُوتِ النَّسَبِ، إن أثبتنا يجب، وإلاَّ فلا تَجِبُ.

فَصْلٌ
فِي نِكَاحِ المُحَلِّلِ

رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قالَ: «لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»(١).

---

(١) وأما نكاح المحلل ففيه عن جماعة من الصحابة وهم علي بن أبي طالب وابن مسعود وعقبة بن عامر وجابر بن عبد الله وأبو هريرة وابن عباس.

حديث علي.

أخرجه أحمد (١/٨٧، ١٠٧، ١٢١، ١٢١، ١٣٣، ١٥٠، ١٥٨) وأبو داود (٢/٥٦٢) كتاب النكاح: باب في التحليل، حديث (٢٠٧٦) والترمذي (٣/٤٢٧) كتاب النكاح: باب المحل والمحلل له، حديث (١١١٩) وابن ماجه (١/٦٢٢) كتاب النكاح: باب المحلل والمحلل له، حديث (١٩٣٥) وأبو يعلى (١/٣٢٣ - ٣٢٤) رقم (٤٠٢) والبيهقي (٧/٢٠٨) كتاب النكاح: باب في نكاح المحلل، كلهم من طريق عامر الشعبي عن الحارث عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: لعن الله المحلل والمحلل له.

حديث ابن مسعود.

أخرجه أحمد (١/٤٤٨) والترمذي (٣/٤٢٨ - ٤٢٩) كتاب النكاح: باب المحل والمحلل له، حديث (١١٢٠) والنسائي (٦/١٤٩) كتاب النكاح: باب إحلال المطلقة ثلاثًا، والدارمي (٢/١٥٨) كتاب النكاح: باب في النهي عن التحليل، والبيهقي (٧/٢٠٨) كتاب النكاح: باب ما جاء في نكاح المحلل من طرق عن سفيان عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن عبد الله بن مسعود قال: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له.

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأخرجه أحمد (١/٤٥٠ - ٤٥١) وأبو يعلى (٨/٤٦٨) رقم (٥٠٥٤) والبغوي في «شرح السنة» (٥/٧٨ - بتحقيقنا) من طريق عبد الكريم الجزري عن أبي واصل عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ لعن المحل والمحلل له.

حديث عقبة بن عامر.

أخرجه ابن ماجه (١/٦٢٣) كتاب النكاح: باب المحلل والمحلل له، حديث (١٩٣٦) والدارقطني (٣/٢٥١) كتاب النكاح، حديث (٢٨) والحاكم (٢/١٩٩) والبيهقي (٧/٢٠٨) كتاب النكاح: باب نكاح المحلل، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/٦٤٦) من طريق الليث عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: ألا أخبركم بالتيس المستعار وهو المحلل والمحلل له لعن الله المحلل والمحلل له.

=

. . . .

= وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقال: وقد ذكر أبو صالح كاتب الليث عن ليث سماعه من شرح.

ثم ساقه من طريقه عن الليث قال: سمعت مشرح به. ثم قال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وقد أعل أبو زرعة هذا الحديث بعدم سماع الليث من مشرح فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤١١) رقم (١٢٣٢): سمعت أبا زرعة وذكر حديثًا رواه أبو صالح كاتب الليث وعثمان بن صالح قالا: حدثنا الليث عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ ألا أخبركم بالتيس المستعان قالوا بلى قال: المحل والمحلل له، فلعن الله الحال والمحلل له». قال أبو زرعة: وذكرت هذا الحديث ليحيى بن عبد الله بن بكر وأخبرته برواية عبد الله بن صالح وعثمان بن صالح فأنكر ذلك إنكارًا شديدًا وقال: لم أسمع الليث من مشرح شيئًا ولا روى عنه شيئًا وإنما حدثني الليث بن سعد بهذا الحديث عن سليمان بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ. . . قال أبو زرعة: الصواب عندي حديث يحيى يعني ابن عبد الله بن بكير ا.هـ.

وقد أعل الإمام البخاري هذا الحديث بنفس العلة وهي عدم سماع الليث من مشرح بن هاعان.

فقال الترمذي في «العلل الكبير» (ص ١٦١ ـ ١٦٢) رقم (٢٧٤): سألت محمدًا ـ يعني البخاري ـ عن حديث عبد الله بن صالح حدثني الليث بن سعد عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر. . . فذكره.

فقال: عبد الله بن صالح لم يكن أخرجه في أيامنا ما أرى الليث سمعه من مشرح بن هاعان لأن حيوة روى عن بكر بن عمرو عن مشرح ا.هـ.

ويرد هذا كله تصريح الليث بسماعه من مشرح عند ابن ماجه، فقال الليث: قال لي أبو مصعب مشرح بن هاعان وعند الحاكم: من طريق أبو صالح عن الليث قال: سمعت مشرح وعند البيهقي أيضًا.

لترتفع بذلك مظنة الانقطاع ببحث الليث ومشرح. والحديث ذكره البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٠٢) وقال: هذا إسناد مختلف فيه من أجل أبي مصعب ا.هـ. وأبو مصعب هو مشرح بن هاعان.

قال الحافظ في «التقريب» (٢/ ٢٥٠): مقبول. يعني عند المتابعة وإلا فلين الحديث.

حديث أبي هريرة.

أخرجه أحمد (٢/ ٣٢٣) وابن الجارود (٦٨٤) والبزار (٢/ ١٦٧ ـ كشف) رقم (١٤٤٢) وابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤١٣) رقم (١٢٣٧) والبيهقي (٧/ ٢٠٨) من طريق عبد الله بن جعفر المخرمي عن عثمان بن محمد عن المقري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ لعن الله المحلل والمحلل له.

وذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٧٠) وزاد نسبته إلى إسحق بن راهويه والترمذي في «العلل» وقال: وحسنه البخاري.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٧٠): رواه أحمد والبزار وفيه عثمان بن محمد الأخنس وثقه ابن معين وابن حبان وقال ابن المديني: له عن أبي هريرة مناكير ا.هـ.

وهنا لم يروه عن أبي هريرة ولكن رواه عن المقبري عن أبي هريرة.

حديث جابر.

أخرجه الترمذي (٣/ ٤٢٧) كتاب النكاح: باب المحل والمحلل له، حديث (١١١٩) ومن طريقه ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ٦٤٧) من طريق مجالد بن سعيد عن الشعبي عن جابر به.

وقال الترمذي: هذا حديث ليس إسناده بالقائم فإن مجالد بن سعيد قد ضعفه بعض أهل العلم =

صورةُ نِكاح المُحَلِّل: أن يُطَلِّقَ [رَجُلٌ][1] امْرَأَتَهُ ثلاثًا، فنكحت زوجًا آخَرَ، حتَّى تَحِلَّ لِلأَوَّلِ، فيه ثَلاَثُ مَسَائِلَ:

إحداها: إذا نكَحَهَا على أَنَّهُ وَطِئَهَا بَانَتْ منه؛ فهذا بَاطِلٌ؛ لأنَّه نِكاحُ متعةٍ، وإذا وَطِىءَ في هذا العقدِ لا يَحْصُلُ به التَّحليل.

الثَّانية: إذا نكَحَهَا بِشَرْطِ أنَّه إذا وَطِئَهَا طَلَّقَهَا ـ ففي صِحَّةِ النِّكاحِ قولان: في الجدِيدِ بَاطِلٌ؛ لأنَّه أخو نِكَاحِ المتعة.

والثَّاني: صحيحٌ؛ قاله في القديم، و«الإملاء»؛ لأنَّه شَرْطٌ فَاسِدٌ، فيفسد به الصَّدَاقُ، ويصحُّ النِّكاحُ؛ كما لو شَرَطَ أَلاَّ يُسَافِرَ بها[2].

فإن قلنا: لا يصحُّ، فإذا وَطِئَهَا لا يَحْصُل به التَّحليل. [وإن قلنا: يصحُّ، فيحصُل،

= منهم أحمد بن حنبل ا.هـ.

وقال ابن الجوزي: قال أحمد: مجالد ليس بشيء، وقال يحيى: لا يحتج بحديثه.

وقال ابن الجوزي أيضًا: وقد روي هذا المعنى عن طريق صحاح عن ابن مسعود وغيره.

حديث ابن عباس.

أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٢٢) كتاب النكاح: باب المحلل والمحلل له، حديث (١٩٣٤) حدثنا محمد بن بشار ثنا أبو عامر عن زمعة بن صالح عن سلمة بن وهرام عن عكرمة عن ابن عباس قال: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٠٢): هذا إسناد ضعيف لضعف زمعة بن صالح.

رواه أبو يعلى في مسنده حدثنا أبو هشام حدثنا أبو عامر حدثنا زمعة فذكره بزيادة في آخره.

وقال ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ١٧٠): وفي إسناد زمعة بن صالح وهو ضعيف.

(١) سقط في أ.

(٢) نكاح المحلل: وهو النكاح الذي قصد الزوج فيه تحليل المطلقة ثلاثًا لزوجها الأول، ولو مع نية إمساكها إن أعجبته، ثم إن المحلل إما أن يشترط عليه في صلب العقد التحليل، وأن يطلقها بعد ذلك، أو لا يشترط عليه التحليل في صلب العقد، بأن يشترط عليه التحليل قبل العقد، أو لا يشترط عليه التحليل أصلاً، بل يقصد المحلل بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثًا لزوجها الأول.

فهو على كل حال لم يقصد بنكاحه إلا أن يكون وسيلة إلى ردها لزوجها الأول وعليه نحصر كلامنا في مسألتين:

الأولى: أن يشترط عليه التحليل في صلب العقد. الثانية: أن لا يشترط عليه التحليل في صلب العقد، بأن شرط عليه قبله، أو قصد التحليل بدون شرط.

المسألة الأولى اختلف الفقهاء في صحة النكاح وفساده، إذا شرط على الزوج الثاني في صلب العقد التحليل، فذهب أبو حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ إلى القول بصحة النكاح، وفساد الشرط كسائر الشروط الفاسدة.

وذهب المالكية وجمهور أهل العلم منهم الحسن، والنخعي، والشافعي، وقتادة، والليث، =

. . . .

= والثوري، وأحمد، وابن المبارك إلى القول بفساد نكاح المحلل إذا وقع بشرط في صلب العقد.

استدل أبو حنيفة، ومحمد، بما رُوِيَ أن النبي ﷺ قال: «لَعَنَ الله المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ». ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ سماه محللاً، فدل ذلك على أنه يحلها لزوجها الأول، وهذا يدل على صحة النكاح، وإنما لُعِنَ مع حصول الحل، لأن التماس ذلك، واشتراطه في العقد هتك للمروءة، وإعارة النفس في الوطء لغرض الغير، فإنه إنما يطؤها ليعرضها لوطء الغير، وهو قلة حمية، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «هُوَ التيْسُ الْمُسْتَعَارُ».

ويرد هذا الدليل بأن تسميته محللاً لا يدل على صحة النكاح، وأنه يثبت الحل، فإنه إنما سمي بذلك بحسب اعتقادهم أنه يحل المطلقة ثلاثًا لزوجها، أو سمي بذلك؛ لأنه قصد التحليل، ولم يقصد حقيقة النكاح، لا أنه يثبت الحل، ولو كان كما قلتم لما استحق اللعن الذي هو الطرد والإبعاد من رحمة الله.

وأما الجمهور فقد استدلوا بالحديث، والأثر، والمعقول.

أما الحديث فما رواه ابن ماجه عن عقبة بن عامر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ» قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «هُوَ الْمُحَلِّلُ لَعَنَ الله الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ أطلق على المحلل اسم التيس الذي يستعار للضراب، وفيه تنفير، وتقبيح من هذا الفعل، وما كان هذا شأنه لا يكون إلا فاسدًا يؤيد ذلك أن النبي ـ ﷺ ـ لعن المحلل والمحلل له، وما ذلك إلا لفساد النكاح، وإلا لما استحقا عليه اللعن.

وأما الأثر: فما رواه ابن أبي شيبة من رواية قبيصة بن جابر عن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: «لا أوتي بمحلل ومحلل له إلاّ رجمتهما»، ووجه الدلالة من هذا الأثر أن عمر بن الخطاب أخبر أنه لو أتي بمحلل ومحلل له لرجمهما، وما ذلك إلا لفساد النكاح، وإلا لما استحقا عليه الرجم.

وأما المعقول، فقد قالوا: إن هذا عقد، وقع على وجه محظور، استحق عاقده به اللعن، فوجب أن يكون باطلاً أصل ذلك شراء الخمر.

وقد نوقش الحديث الذي تمسك به الجمهور بأنه تفرد به ابن ماجه، وفي رواية عثمان بن صالح، وقد قال ابراهيم بن يعقوب: كانوا ينكرون على عثمان في هذا الحديث إنكارًا شديدًا. ولكن هذه المناقشة ترد بأن عثمان أحد الثّقات، وقد روى عنه البخاري في صحيحه، وروى عنه ابن معين، وأبو حاتم الرازي، وقال شيخ صالح سليم الناحية، قيل له: كان يلقن قال لا، ومن كان بهذه المثابة كان ما يتفرد به حجة، وإنما الشاذ ما خالف به الثقات لا ما انفرد به عنهم. على أن القول بأنه انفرد به غير صحيح، فقد تابعه غيره فرواه جعفر الفرياني عن العباس المعروف بابن فريق عن أبي صالح عن الليث.

المسألة الثانية: إذا شرط على الزوج الثاني التحليل قبل العقد، ولم يذكر في العقد، أو نوى التحليل من غير شرط. فقد اختلف الفقهاء أيضًا في صحة النكاح وفساده في هذه المسألة؛ فذهب الشافعية، والهادوية، إلى القول بصحة النكاح. وأما الحنفية فإنهم يقولون بالصحة، نظرًا لأنهم يصححون النكاح مع الشرط في صلب العقد.

وذهب المالكية، والحنابلة، والليث، والثوري، وإسحاق، إلى القول بفساد النكاح.

استدل القائلون بالصحة بما يأتي:

. . . .

= قالوا: روي عن عمر (رضي الله عنه) ما يدل على إجازته، وذلك ما رواه محمد بن سيرين قال: قدم مكة رجل ومعه أخوة له صغار، وعليه إزار من بين يديه رقعة، ومن خلفه رقعة، فسأل عمر فلم يعطه شيئًا، فبينما هو كذلك، إذ نزغ الشيطان من بين رجل من قريش وبين امرأته، فطلقها، فقال لها: هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئًا ويملك لي، قالت: نعم إن شئت فأخبروه بذلك، قال: نعم، وتزوجها ودخل بها، فلما أصبح أدخلت أخوته الدار، فجاء القرشي يحوم حول الدار، ويقول: يا ويله غلب على امرأته. فأتى عمر، فقال: يا أمير المؤمنين، غلبت على امرأتي، قال: من غلبك، قال: ذو الرقعتين، فقال: أرسلوا إليه، فلما جاءه الرسول قالت له المرأة: كيف موضعك من أهلك؟ قال: ليسن بموضعي بأس، قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك: طلق امرأتك، فقال: لا، والله لا أطلّقها، فإن لا يكرهك، وألبسته حلة، فلما رآه عمر من بعيد قال: الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين. فدخل عليه فقال: أتطلق امرأتك، قال: لا والله لا أطلقها، قال عمر: والله لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط.

ووجه الدلالة من هذه القصة: أن هذا النكاح تقدم فيه شرط التحليل على العقد ولم ير به عمر بأسًا؛ إذ لو كان النكاح يفسد مع الشرط السابق يفسخ عمر نكاحه، ولما قال له: لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط. ومن باب أمها إذا قصد الزوج الثاني بنكاحه التحليل بدون شرط. وعليه يحمل ما روي عن عمر من النهي عن نكاح المحلل على ما إذا وقع بشرط في صلب العقد لتتفق رواياته.

وقد نوقش هذا الدليل بأنه منقطع، ليس له إسناد، فقد روى أبو حفص عن أبي النظر قال: سمعت أبا عبد الله يقول في المحلل والمحلل له: إنه يفسخ نكاحه في الحال، قلت: أوليس يروى عن عمر حديث ذي الرقعتين، حيث أمره عمر أن لا يفارقها قال: ليس له إسناد، لأن ابن سيرين وإن كان مأمونًا لم ير عمر ولم يدركه. فأين هذا من الذين سمعوه يخطب على المنبر: «لا أوتي بمحلل، ولا محلل له إلاّ رجمتهما».

وأيضًا فليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل. فإنه يحتمل أن يكون نوى بالعقد غير ما شرط علي، وقصد نكاح رغبة، ومعلوم أنه لو قصد عند العقد خلاف ما شرط عليه صح النكاح؛ لأنه خلا عن نية التحليل.

واستدل المالكية ومن وافقهم بالحديث، والآثار، والمعقول.

أما الحديث فما روي أن النبي (ﷺ) قال: «لعن الله المحلل، والمحلل له». رواه أبو داود، وابن ماجة، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

ووجه الدلالة من الحديث أنهم قالوا: إن اللعن هو الطرد والإبعاد عن رحمة الله، ولا يكون ذلك إلاّ عن ذنب كبير، وهذا يدل على أنه نكاح المحلل حرام، وإذا كان حرامًا فيكون فاسدًا. لا فرق في ذلك بين أن يشترط عليه التحليل في العقد أو قبله، أو لم يشترط عليه، بل نواه وقصده، إذ يصدق عليه أن يحلل، واسم المحلل يعم الجميع.

وأما الآثار فهي كثيرة نذكر منها ما يأتي.

أولاً: أنه روي عن سليمان بن يسار قال: رفع إلى عثمان (رضي الله عنه) رجل تزوج امرأة؛ ليحلها لزوجها ـ ففرق بينهما، وقال: لا ترجع إليه إلاّ بنكاح رغبة غير دلة.

ثانيًا: ما روي أن رجلاً أتى عثمان فقال: إن جاري طلق امرأته في غضبه، ولقي شدة، فأردت أن أحتسب نفسي ومالي فأتزوجها، ثم أبني بها، ثم أطلقها؛ فترجع إلى زوجها الأول، فقال عثمان: لا =

وإذا واطأ عليه قبل العقد، ولم يشترطا في العقدِ ـ فالمذهبُ أَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ، وإذا وَطِىءَ فيه يَحْصُلُ به التَّحْلِيلُ][١].

الثَّالِثَةُ: إذا نَكَحَهَا مطلقًا في عَزْمِهِ أَن يُطَلِّقَهَا بعدما وَطِئَهَا ـ، يصحُّ النِّكَاحُ، غير أَنَّه يُكْرَهُ، إلاَّ أَن ينكح نِكَاحَ رَغْبَةٍ، إذا وَطِىءَ يَحْصُلُ به التَّحْلِيلُ.

بَابُ نِكَاحِ الْمُحْرِمِ

رُوِيَ عَنْ عُثْمَانَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «لا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلاَ يُنْكَحُ».

لا يصحُّ النِّكَاحُ في حَالِ الإِحْرَامِ، سواء كان الوليُّ محرمًا، أَو الخاطبُ، أَو وَكِيلُ واحِدٍ منهما، أَو المرأَة، وسواء كان الإِحرامُ بالحَجِّ، أَم بالعمرة، صحيحًا كان أَم فاسِدًا.

= تنكحها إلاَّ نكاح رغبة، ذكره أبو إسحاق الشيرازي في «المهذب».

وثالثًا: ـ ما روي من طريق الزهري أن ابن عمر سئل عن تحليل المرأة لزوجها، فقال: ذلك السفاح لو أدرككم عمر لنكلكم ـ رواه الإمام أبو بكر بن أبي شيبة.

ووجه الدلالة من هذه الآثار. أما الأثر الأول فإن فيه أن عثمان فرق بينهما؛ لأن الرجل تزوجها ليحلها، وهو صادق بأن يكون شرط عليه التحليل في العقد أو قبله، ولو كان شرط التحليل قبل العقد لا يضر ـ لاستوضحه عثمان، هل شرط عليه ذلك في العقد أو قبله وأما الأثر الثاني: فإنه صريح في أن الرجل قصد التحليل بدون شرط، وأنه احتسب نفسه وماله في سبيل إرجاعها لزوجها الأول، فقال له عثمان: لا تنكحها إلاَّ نكاح رغبة ـ وأما الأثر الثالث: ـ فإن فيه أن ابن عمر سماه سفاحًا، فدل ذلك على فساده.

فهذه آثار مشهورة مرويةٌ عن الصحابة، وكلها تبين أن المحلل عندهم أيم لمن قصد التحليل مطلقًا، سواء حصل شرط في العقد أو قبله، أو نوى التحليل وقصده بدون شرط؛ بدليل أنهم لم يستفصلوا عند السؤال وترك الاستفصال في مقام الاحتمال آية العموم.

وقد نوقش الحديث الذي استدلَّ به المالكية ومن وافقهم، بأن محمولٌ على من شرط عليه التحليل في صلب العقد ـ وترد هذه المناقشة بأن الحديث عامٌّ يشمل ما إذا شرط عليه التحليل في العقد أو قبله، أو لم يشترط عليه أصلاً، ويؤيد هذا العموم أمور منها:

إن السلف كانوا يسمون القاصد للتحليل محللاً، وإن لم يشترط عليه، والأصل في الإطلاق الحقيقة؛ فإن لم يكن المحلل عامًّا لكل من قصد التحليل، كان إطلاق على غير الشَّارِطِ بطريق الاشتراك أو المجاز، وهذا لا يجوز المصير إليه إلاَّ لموجب، ولا موجب هنا ـ ومنها ـ أن أهل اللغة منهم الجوهري قالوا: المحلل في النكاح الذي يتزوج المطلقة ثلاثًا، حتى تحل للزوج الأول، فجعلوا كل من تزوجها لتحل للأول محللاً في اللغة ـ ومنها ـ استعمال الناس إلى يومنا هذا فإنهم يسمُّون كل من تزوج المرأة ليحلها محللاً، وإن لم يشترط التحليل في العقد.

(١) سقط في أ.

فإن كان الشَّاهِدُ مُحْرِمًا يصحُّ، ويكره.

وقال الإصطخريُّ: لا يصحُّ، وهذا لا يصحُّ؛ لأَنَّ الشَّاهِدَ ليس بعاقِدٍ، ولاَ مَعْقُودٍ له، ولا عليه، فلا يمنع إحرامُهُ العقد.

وقال أَبو حنيفة: يصحُّ النِّكَاحُ في حَالِ الإحرامِ.

وقال مالك: يَنْعَقِدُ، ويفرق بينهما، والخَبَرُ حُجَّةٌ على[1] رَدِّهِ.

فإذا حَصَلَ التَّحلُّل جازَ النِّكَاحُ، ولِلْعُمْرَةِ تَحَلُّلٌ وَاحِدٌ، ولِلْحَجِّ تَحَلُّلانِ، فبعد التَّحَلُّلَيْنِ يَجُوزُ، وبين التَّحَلُّلَين قَوْلاَنِ:

أَصَحُّهما: لا يجوز، ويكرهُ الخِطْبَةُ في حَالِ الإِحْرامِ، ولا يَحرم، بخلافِ الْعِدَّةِ، لا يجوزُ فيها الخِطْبَةُ؛ لأَنَّ انْقضاءَ الْعِدَّةِ أَمْرٌ خَفِيٌّ لا يُعرفُ إِلاَّ بقولها، فرُبَّما تَكْذِبُ بانْقِضاءِ عِدَّتِهَا؛ حِرْصًا على النِّكاحِ، والخُرُوج عن الإِحْرَامِ أَمْرٌ ظَاهِرٌ.

ولو وكل حَلاَلٌ محرمًا ليوكل حلالاً بالتَّزويج - فيه وجهان:

أَصَحُّهما: جوازه؛ لأَنَّ المحرم سفير، وليس بعاقِدٍ، وتجوز المراجعةُ في حَالِ الإحرامِ؛ لأَنَّها اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ، فلا يمنعها الإحرامُ؛ كالإمساك على دَوَامِ النِّكَاحِ.

قال أَحمد، وإسحاق: لا يراجع.

ولو وَكَّلَ بالتَّزويج، أَو بالْقَبُولِ في حَالِ إِحْرامِ الموكل، أَو الوكيل، أَو المرأة، أَو إذا أَذِنَت المرأَةُ لِلْوَلِيِّ بالتَّزْوِيجِ في حال الإحرام مطلقًا؛ حيث شَرَطْنَا إذنها - ؛ صَحَّ، ويزوج بعد التَّحَلُّلِ؛ كما لو قيد، وقال: زوج بعد التَّحَلُّلِ؛ لأَنَّ الإِحْرَامَ لا يُنَافِي الإِذنَ، إِنَّما يُنَافِي العقد؛ كما لو وَكَّلَ المُحرمُ حَلاَلاً بشراءِ صَيْدٍ، فاشْتَرى بَعْدَ مَا حَلَّ - صَحَّتِ الوَكَالَةُ.

[ولو وكل أَو أَذِنَتِ المَرْأَةُ ليعقد في حال الإحرام - لا يصحُّ، ولو قال: إذا حَلَلْتِ فقد وَكَّلْتُكِ، فهو تعليقُ الْوَكَالَةِ][2].

وفي صِحَّتِهِ قَوْلاَنِ:

ولو وَكَّلَ حَلاَلٌ حَلاَلاً بالتَّزْوِيجِ، ثُمَّ أَحْرَمَ واحِدٌ منهما، أَو أَحْرَمَتِ المَرْأَةُ قَبْلَ التَّزويج - لا ينعزلُ الوكيلُ، وله التَّزويج بعد التَّحَلُّل بالوَكالةِ السَّابِقَةِ، وقبل الإحرامِ كالجُنُونِ ينعزِلُ به الوكيل.

وعلى قياس قول هذا القائل: لاَ يَجُوزُ التَّوْكِيلُ والإِذْنُ في حَالِ الإِحْرَامِ.

وهل يَجُوزُ للإِمَامِ والحَاكِمِ بولاية الحكم، التَّزويجُ في حالِ إِحْرامِهِ -: [فيه][3] وجهان:

---

(١) في أ: عن.

(٢) سقط في أ.

أَصَحُّهُمَا: لا يَجُوزُ؛ كما لا يَجُوزُ بالوِلَايَةِ الخَاصَّةِ.

والثَّاني: يَجُوزُ؛ كما يُزَوِّجُ الكافرة بالولاية العامَّة، ولا يزوِّج المسلم الكافرة بالولاية الْخَاصَّةِ. والله أعلم.

بَابُ العَيْبِ في المَنْكُوحَةِ

رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الله بْنِ عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَلَمَّا أُدْخِلَتْ عَلَيْهِ رَأَىٰ بِكَشْحِهَا [بَيَاضًا][(١)]، فَرَدَّهَا إِلَىٰ أَهْلِهَا، وَقَالَ: «دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ»[(٢)].

يثبت فسخُ النِّكَاح بسبعة من العيوب: ثَلَاثَةٍ تُوجَدُ [مِنْهُما جميعًا وهي: الجنونُ مطبقًا كان أو غير مطبق، وَالجُذَامُ، والْبَرَصُ، فَأَيُّ الزوجين وَجَدَ بِصَاحِبِهِ][(٣)] شيئًا من ذلك ـ فله فَسْخُ النِّكَاحِ.

وَاثْنَانِ في الزَّوْجِ، وهما: الجَبُّ والعُنَّةِ يثبتُ للمرأة بهما فَسْخُ النِّكَاحِ.

واثنان في الْمَرْأَةِ، وهما: القرنُ والرَّتْقُ يثبتُ للزَّوْجِ بهما الْفَسْخُ.

والقرنُ: عَظْمٌ في الْفَرْجِ يَمْنَعُ الْجِمَاعَ.

والرتق: التصاق محلِّ الجِماعِ بِاللَّحْمِ.

ولو كان بأحدهما قَرْحَةٌ يدَّعي الآخرُ أنها جُذَامٌ، وينكر صاحبُها ـ فعلى مَنْ يَدَّعِي أنها جُذَامٌ إثباتُه بالبينةِ، ولا يُقبل إلاَّ من رَجُلَيْنِ مسلميْن عالميْن بالطِّبِّ عَدْلَيْنِ، فإن لم تَقُمْ بينةٌ، فالقولُ قول مَنْ به ذلك مَعَ يَمِينِهِ.

وكذلك إذا كان بأحدهما بَيَاضٌ، ويقول الآخر: إنه بَرَصٌ ـ فالقول قول مَنْ هو به، وعلى الآخرِ البينةُ.

ولا فرق بين القليلِ من هَذِهِ العيوبِ والكثير، فإن كان بِهِ مَرَضٌ يغمى عليه، ويغلب على عَقْلِهِ ـ فلا خيار؛ لأن الحيوانَ لا يخلو عن المرضِ، فإن زَالَ المرضُ، وبقي زوالُ العقلِ؛ فللآخر الْخِيَارُ.

والرَّتْقُ والقرنُ يُثْبِتَانِ الْخِيَارَ إذا مَنَعَا الجماعَ، فإن لم يُمْنَعْ فَلَا خِيَارَ، فإن كان يُمْنَعُ فَأَرَادَ الزوجُ إِجْبَارَهَا على شَقِّ ذلك الموضع ـ لم يَكُنْ له ذلك، وإن أَرَادَتْ هِيَ ذلك لم يَمْنَعْ؛ لأنه تَدَاوٍ، فإن فعلت فأمكنه الْوَطْءُ؛ فلا خِيَارَ.

---

(١) في أ: وضحًا.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في أ.

ولو وَجَدَتِ المرأةُ زَوْجَهَا خَصِيًّا، بأن كان مَوْجُوءَ الخُصْيَتَيْنِ، أو مَقْطُوعَهُمَا، فهل لها الخيارُ؟ فيه قولان:

أصحهما: لا خيارَ لها؛ لأنه قَادِرٌ على الْجِمَاعِ؛ كما لو كَانَ مَقْطُوعَ بَعْضِ الذَّكَرِ، وقد بقي منه قَدْرُ الْحَشَفَةِ - لا خيارَ لها:

والثَّاني: لها الخيارُ؛ لأنه نَاقِصٌ من الرجال يَلْحَقُهَا العارُ بالمقامِ تحته.

ولو وجدها الزوجُ مفضاةً وهي التي دُفِعَ مِنْهَا ما بين مَخْرَجِ البول ومخرج الْحَيْضِ - فلا خيار له، وكذلك لو وَجَدَهَا عَقِيمًا.

ولو وجد أحدُهما صَاحِبَهُ خُنْثَىٰ، ففيه قولان:

أحدهما: يثبتُ الخيارُ للآخرِ؛ لوجود النَّقْصِ في آلَةِ الْجِمَاعِ، ولأنه يُعَيَّرُ بالمقامِ معه:

والثاني: لا خيار له؛ لأنه قَادِرٌ على الْجِمَاعِ، ومحلُّ الجماعِ من الْمَرْأَةِ سَلِيمٌ.

واختلفوا في محلِّ القولَيْن: منهم مَنْ قال - وهو الأصحُّ: القولانِ فيما إذا كان مشكلاً، فاختار الرجولية فَنَكَحَ، أو اختارتِ الأنوثيَّةَ فَنَكَحَتْ؛ لأنه يتبين بخلافه، وإقدامه على النِّكَاح اختيار تلك الجِهَةِ فإن كان وَاضِحًا تبيَّن ذلك بِالْعَلاَمَاتِ فلا خِيَارَ؛ كما إذا كان على الرَّجُلِ عضوٌ زَائِدٌ، وعلى المرأة شَقٌّ زائدٌ، أو جراحةٌ - لا يثبت به الْخِيَارُ.

وقيل: في الْكُلِّ قولان.

وقال أبو حنيفة - [رحمه الله][(١)] -: لا ينفسخُ النِّكَاحُ بِشَيْءٍ من العيوبِ[(٢)]، إلاّ أن

---

(١) سقط في أ.

(٢) اختلف الفقهاءُ في ذلك، فقال داود، وابنُ حزم، ومَنْ وافقهما: لا يُفْسَخُ النكاحُ بعيب البتة، وقال أبو حنيفة: لا يفسح إلاّ بالجَبِّ والعُنَّةِ خاصة. وقال الشافعي ومالك: يُفْسَخُ بالجنونِ والبَرَصِ، والجُذَامِ والقرن، والجَبِّ والعُنَّةِ خاصة، وزاد الإمام أحمد عليهما: أن تكونَ المرأة فتقاءَ منخرِقة ما بينَ السبيلين، ولأصحابه في نَتَنِ الفرج والفم، وانخراقِ مخرجي البول والمني في الفرج، والقروح السيالة فيه، والبواسير، والنَّاصور، والاستحاضة، واستطلاقِ البول، والنجو، والخصي وهو قطعُ البيضتينِ، والسَّل وَهو سَلُّ البيضتين، والوجء وهو رضُّهما، وكونُ أحدهما خُنثى مشكلاً، والعيبِ الذي بصاحبه مثلُه مِن العيوب السبعة، والعيبِ الحادث بعد العقد، وجهان.

وذهب بعضُ أصحابِ الشافعي إلى ردِّ المرأة بكُلِّ عيبٍ تُرَدُّ به الجاريةُ في البيع وأكثرُهم لا يَعْرِفُ هذا الوجهَ ولا مَظِنَّتَه، ولا مَنْ قاله. وممن حكاه: أبو عاصم العباداني في كتاب طبقات أصحاب الشافعي، وهذا القولُ هو القياس، أو قولُ ابن حزم ومن وافقه.

وأما الاقتصارُ على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها، فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش، وكونُها مقطوعة اليدين أو الرجلين، أو إحداهُما، أو كونُ الرجل كذلك من أعظم المنفِّرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهو مُنافٍ للدين، والإطلاق إنما ينصرف =

المرأةَ إذا وَجدَتْ زَوْجَها مَجْبُوبًا أو عِنِّينًا، ترفعُ الأمرَ إلى الحاكم حتى يُفرِّقَ بَيْنَهُمَا بِطَلْقَةٍ.

فنقول: معاوضة تقبل الفسخ، فجازَ أن يُفْسَخَ بالعَيْبِ كالبيْعِ، إلا أنَّ المَقْصُودَ من البيعِ الماليةُ، وكل عَيْبٍ يُنْقِصُ الماليةَ يُثبت حَقَّ الفسخ، والمقصودُ مِنَ النِّكَاحِ الاستمتاعُ والوصلةُ، فما يُؤَثِّرُ فيه يثبتُ الفسخَ.

وَالقَرْنُ[1]، والرَّتَقُ[2]، وَالْجَبُّ[3]، وَالْعُنَّةُ[4] [لا يَتَنَافَى][5] معها الاسْتِمْتَاعُ، وكذلك مع الْجُنُونِ؛ لأنه يخافُ على نَفْسِهِ من صحبةِ [المجنون، وطبعه][6] ينفر من صُحْبَةِ الْمَجْذُومِ وَالأَبْرَصِ، وقد يَعْدُو إلى النَّسْلِ. ونسألُ الله العافيةَ.

= إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفًا، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أَخْبِرْهَا أَنَّكَ عَقِيمٌ وخيِّرْهَا. فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا عندها كمالٌ لا نقص؟!

والقياس: أن كُلَّ عيب ينفِرُ الزوجُ الآخر منه، ولا يحصُل به مقصودُ النكاح مِن الرحمة والمودَّة يُوجبُ الخيارَ، وهو أولى مِن البيع، كما أن الشروطَ المشترطة في النكاح أولى بالوفاءِ مِن شروط البيع، وما ألزم الله ورسولُه مغرورًا قطُّ، ولا مغبونًا بما غُرَّ به وغُبِنَ به، ومن تدبَّر مقاصد الشرع في مصادره وموارِده وعدله وحِكمته، وما اشتمل عليه مِن المصالح لم يخفَ عليه رجحانُ هذا القول، وقربُه من قواعد الشريعة. ينظر زاد المعاد ٥/ ١٨٢ ـ ١٨٣.

(١) القرن ـ بسكون الراء: العَفَلَة الصغيرة في الفرج، وفي الحديث: «اختصم إلى شريح في جارية بها قرن، فقال: أقعدوها، فإن أصاب الأرض فهو عيب وإن لم يصب الأرض فليس بعيب».

والعفل والعفلة ـ بالتحريك فيهما: شيء يخرج من قبل النساء، وحياء الناقة شبيه بالأُذرة التي للرجال، والمرأة عَفْلَاء.

ينظر: النظم المستعذب ٢/ ٢٢١٤١، والمجموع المغيث ٢/ ٦٩٦ وغريب ابن قتيبة ٢/ ١١٥، والفائق ٣/ ١٨٠.

(٢) الرتق: ضد الفتق، وارتتق، أي: التأم، ومنه قوله تعالى ﴿كانتا رتقا ففتقناهما﴾ والرتق بالتحريك: مصدر قولك: امرأة رتقاء بينة الرتق: لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها. ينظر النظم المستعذب ٢/ ١٤١.

(٣) المجبوب: هو المقطوع الذكر والأنثيين، والجَبُّ: القطع ينظر: النظم المستعذب ٢/ ١٤٢، والمجموع المغيث ١/ ٢٩١.

(٤) العنين هو الذي لا يشتهي النساء، يقال رجل عنين بين العنينة، وامرأة عنينة: لا تشتهي الرجال، وهو فعيل بمعنى مفعول، مثل: خِرِّيج، والاسم منه: العُنَّةُ، وعُنِّنَ الرجل من امرأته: إذا حكم عليه القاضي بذلك، أو منع عنهما بالسحر، مشتق من عن الشيء: إذا اعترض كأنه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولا يصيبه. وقيل: مشتق من العنان، شبه به في لينه ورخاوته. ينظر النظم المستعذب ٢/ ٢، والمهذب ٢/ ٤٩.

(٥) في أ: لا يتأتى.

(٦) سقط في أ.

فلما أَثَّرَتْ هذه العيوبُ في مقصودِ العقدِ، فَيَثْبُتُ بِهَا الْفَسْخُ.

أما الْبَخْرُ والصُّنَانَ وَالْعَمَىٰ، ونحوها؛ لا يثبت [بها][1] الخيارُ؛ لأنها لا تخلُّ بالمقصود من الاستمتاعِ عاجلاً والنسل آجلاً، وتزولُ بالمعالجةِ.

فإذا اجتمعتْ أنواعٌ من هَذِهِ العيوبِ، بحيث تخلُّ بالمقصود، أو كانت بأحدهما قُرُوحٌ سَيَّالِة، أو كانت المرأةُ مستحاضةً ـ فقد أثبت بَعْضُ المتأخِّرينَ من أصحابنا بها الْفَسْخَ، والصحيحُ أنه لا يثبتُ إلاَّ بما ذكرنا.

ولو كَانَ بِكُلِّ واحدٍ من الزَّوجين عَيْبٌ ـ نظر إن كان به جَبٌّ أو عُنَّةٌ، وبها رَتْقٌ أو قرنٌ؛ فلا فَسْخَ لواحدٍ منهما؛ لأنه لا يصلُ إلى مَقْصُودِهِ من الغيرِ.

أما العيوبُ الثلاثةُ إن كانا مختلفين؛ بأن كان بِأَحَدِهِمَا جُذَامٌ، وبالآخرِ بَرَصٌ أو جُنُونٌ؛ فيثبت لكلِّ واحدٍ منهما الفسخُ، فإن رَضِيَ أحدُهما بِعَيْبِ صَاحِبِهِ، فلا يلزمُ في حَقِّ الآخرِ، وله أن يَفْسَخَ.

وإن اتَّفق الْعَيْبَانِ، ففيه وَجْهَانِ:

أصحهما: يثبتُ لِكُلِّ واحدٍ منهما الخيارُ؛ لأن الإنسانَ لا يعافُ من عَيْبِ نَفْسِهِ، ويعافُ من عَيْبِ غَيْرِهِ؛ كالمتبايعين يجدُ كُلُّ واحد مِنْهُمَا بما اشترى عيبًا يثبت لِكُلِّ واحدٍ منهما حَقُّ الْفَسْخِ. وقيل: إذا كان به جَبٌّ، وبها رَتْقٌ ـ فيه وجهان أيضًا.

والخيارُ بسبب الْعَيْبِ على الْفَوْرِ إلاَّ في عَيْبِ الْعُنَّةِ، فإنه يضربُ لها مدة سَنَةٍ.

ونعني بقولنا: «على الفور»؛ أن المطالبةَ بعد الْعِلْمِ تَكُونُ على الفورِ حسب الإمكان، وفي الْحَقِيقَةِ: لا فَرْقَ بين الْعُنَّةِ وسَائِرِ العيوبِ؛ أنه بعدما تحقق يكون على الْفَوْرِ، لأن الْعُنَّةَ لا تتحقَّقُ إلاَّ بعد مُضِيِّ سَنَةٍ، وسائر العيوب تُعرف عَلَىٰ الْفَوْرِ.

وهل ينفرد كُلُّ واحدٍ من الزَّوْجين بِالْفَسْخِ من غَيْرِ مُرَافَعَةِ الْحَاكِمِ؟ ـ فيه وجهان:

أحدهما: ينفردُ؛ كفسخ البيعِ بالْعَيْبِ ينفردُ به كُلُّ واحدٍ من المتبايعيْن.

والثاني: لا بل يرفعُ إلى الحاكم حَتَّىٰ يَفْسَخَ بينهما؛ لأنه مجتهدٌ فيه كَالْفَسْخِ بعيبِ الْعُنَّةِ، بخلافِ فَسْخِ البيعِ بِالعيبِ؛ لأنه مُجْمَعٌ عليه، نظيره فسخ النِّكَاحِ بسبب الإعسار بِالنَّفَقَةِ.

ثم فسخُ البيعِ بسبب الإفلاس لاَ يَجُوزُ حَتَّىٰ يرفعَ إلى الحاكم ليفسخ، وعلى الوجهين لو أخر بعد العلم قَدْرَ ما يأتي إلى الْحَاكِمِ، فيفسخ بِحَضْرَتِهِ ـ يَجُوزُ.

---

(١) سقط في أ.

وإذا ادَّعَى أَحَدُهُمَا العيبَ، وأنكر صاحبه - فالقولُ قولُ الْمُنْكِرِ مع يمينه، إلا أن يقيمَ المدَّعِي البينَةَ.

ولو أَقَرَّ بالعيبِ، وادَّعَى على صَاحِبِهِ أنه قد رَضِيَ به، وأنكر صاحبُه الرِّضَا - فالقولُ قولُهُ مع يمينه.

ولو كان العيبُ بها، فَوَطِئَهَا الزوجُ، وقالت: وَطِئْتَ مع العلمِ، قال: لم أعلمْ، أو كَانَ العيبُ به، فقال: مُكِّنْتُ مع العلم، فقالت: لم أعلم - فالقولُ قولُ مَنْ يقول: لم أعلم مع يمينه؛ لأن الأصلَ عَدَمُ الْعِلْمِ.

فإذا فسخ النكاحَ بِعيبٍ كَانَ موجودًا يوم العقد - نظر، إن فَسَخَ قبل الدُّخُولِ لاَ شَيْءَ للمرأةِ إلاَّ نصف المهر، ولا متعة، سواء كان العَيْبُ به أو بها؛ لأنه إن كان به، فهي الفاسخةُ لِلْعَقْدِ، وإن كان بها، فالفسخُ لمعنًى فيها، وفسخ النِّكَاحِ قبلَ الدُّخُولِ إذا كان بسببها يُوجِبُ سقوطَ المهرِ.

وإن كان بَعْدَ الدُّخُولِ، فلها مَهْرُ الْمِثْلِ على ظَاهِرِ المذهبِ.

وخرج قولٌ آخَرُ أَنَّ لها المسمَّى - كما ذكرنا في الغرور - وَلاَ سُكْنَىٰ لها في العدةِ، ولا نفقة إذا كانت حَائِلاً، وإن كانت حَامِلاً فقولان - كما ذكرنا في الْغُرُورِ.

ثم إن كَانَ العيبُ بِالْمَرْأَةِ، فغرم الزوج المهر، هل يَرْجِعُ به على الْغَارِّ؟ إن أَجَازَ العقدَ فلا يرجع، وإن فَسَخَ فقولان:

أصحهما[1]: لا يرجع؛ لأن المهر لزمه مقابلة ما اسْتَوْفَىٰ من مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ، وقد قَالَ النبيُّ - ﷺ - فِيمَنْ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إذنِ الوليِّ: «فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ».

وقَضَىٰ عُمَرُ - رَضِيَ الله عَنْهُ - لِلَّتِي نُكِحَتْ فِي عِدَّتِهَا بِالْمَهْر.

والثاني: يرجع؛ لما رُوِيَ عن عمر [- رضي الله عنه] -[2] أنه قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٌ تَزَوَّجَ بامْرَأَةٍ، وَبِهَا جُنُونٌ، أَوْ جُذَامٌ، أَوْ بَرَصٌ، فَمَسَّهَا - فَلَهَا صَدَاقُهَا؛ وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَىٰ وليِّهَا[3].

فإن قلنا: يرجعُ، [فإن كان الغرور من جِهَةِ المرأةِ، فلا مَهْرَ لَهَا، وهل يَجِبُ أقلُّ مَا يُسْتَبَاحُ به البضعُ؟ - فيه وجهان][4].

---

(١) في أ: الأصح.

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه مالك من «الموطأ» (٢/ ٥٢٦) كتاب النكاح: باب ما جاء من الصداق حديث [٩].

(٤) سقط في أ:

وإن كان الغرورُ من الْوَلِيِّ، نظر؛ إن كان عالمًا به، فكَتَمَ، يرجعُ عليه الزوج بعد ما غرم للمرأة جميع ما دَفَعَ إليها.

وإن كَانَ الوليُّ جاهلاً به، ففيه وَجْهَانِ:

أحدهما: لا يرجعُ عليه؛ لأنه لا غَرَرَ من جِهَتِهِ.

والثاني: يرجعُ؛ لأن ضَمَانَ المال لا يسقطُ بالجهل.

فإن قلنا: لا يرجعُ على الْوَلِيِّ عند الْجَهْلِ، فذلك إذا كان الوليُّ ممن يَخْفَىٰ عليه كالحاكم والأباعد من الْعَصَبَاتِ، ويكون الرجوعُ على المرأة.

وإن كان الوليُّ مِمَّنْ لا يَخْفَىٰ عليه في الغَالِبِ؛ بأن كان مَحْرَمًا لها؛ فيرجعُ عليه، ولا يقبل قوله: إني لا[1] أعلم.

وقيل: لا فرق بين المَحْرَمِ وغيره في أَنَّهُ لا يرجع عليه عند الْجَهْلِ.

وإن كانت المرأةُ غرت الوليّ، فالزَّوج يرجع على الوليِّ، ويرجع الْوَلِيُّ عليها.

وإن غَرَّهُ جماعةٌ من الأَوْلِيَاءِ، رَجَعَ على جميعهم.

فإن جَهِلَ بعضُهم وقلنا: لا غرمَ على الْجَاهِلِ، فالرجوعُ على العالمين منهم.

ولو طَلَّقَهَا الزوجُ قبل الدُّخولِ، ثم عَلِمَ بِالْعَيْبِ - يجبُ عليه نِصْفُ الْمَهْرِ، ولا يرجعُ به على أحد؛ لأنه التزمه حيث طَلَّقَ.

فأما إذا حدث العيب بعد عَقْدِ النِّكَاحِ - لا يخلو إما أن حَدَثَ بالزوج، أو بالمرأة.

فإن حَدَثَ بالزوجِ، نظر إن حَدَثَ به جُنُونٌ، أو جُذَامٌ، أو بَرَصٌ - ثَبَتَ لها حَقُّ الفسخ، سَوَاءٌ حَدَثَ بعد الدُّخول أو قبله.

وإن حَدَثَ به جَبٌّ أو عُنَّةٌ، نظر إن كان قَبْلَ الدُّخولِ - فلها الفسخُ، وإن حَدَثَ بعد الدُّخولِ، نظر إن حَدَثَتِ الْعُنَّةُ فلا فَسْخَ لها؛ لأنها تَحَقَّقَتْ قدرتُه، ووصل إليها حظُّها[2] من الجماع.

وإن جُبَّ ذكره بعد الدُّخولِ، ففيه وجهان:

أحدهما: لا فَسْخَ لها؛ كما لو حدثت الْعُنَّةُ.

والثاني - وهو الأصحُّ: لها حَقُّ الفسخِ؛ لوقوع الْيَأْسِ عَنِ الْجِمَاعِ، بخلاف الْعُنَّةِ، فإن

---

(١) في أ: لم.
(٢) في أ: حقها.

ثَمَّ لم يَقَعِ اليأسُ عن زوال الْعُنَّةِ.

ولو سُلَّتْ خُصْيَتَاهُ بعد الدُّخول، وقلنا: ثبت الخيار بسبب كَوْنِهِ خصيًا - ففيه وجهان؛ كما لو جُبَّ ذَكَرُهُ بعد الدخول.

ولو جَبَّتِ المرأَةُ ذَكَرَ الزوج فهل لها الفسخُ؟ ففيه وجهان:

أحدهما: لا، كالمشتري إذا عيب المبيع قبل الْقَبْضِ - لا خيار له.

والثاني - وهو الأصحُّ: لها ذلك كَالْمُسْتَأْجِرِ إذا هَدَمَ الدَّارَ الْمُسْتَأْجَرَةَ - يثبتُ له فسخُ الإجارة.

فأما إذا حدث العيبُ بالمرأة بعد الْعَقْدِ من جُنُونٍ، أو جُذَامٍ، أو بَرَصٍ، أو رَتْقٍ محل الجماع، سواء كان قبل الدُّخول أو بعده - فهل للزَّوج فَسْخُ النكاح؟

فيه قولان:

قال في الجديد - وهو الأصحُّ -: له حَقُّ الفسخ؛ كما يثبتُ لها إذا حدث العيبُ به؛ كما في العيبِ الموجودِ يوم العقد يَثْبُتُ لكلِّ واحدٍ منهما الخيارُ.

وقال في القديم: لاَ فَسْخَ له؛ لأنه لا تَدْلِيسٌ منها، والطَّلاق بيده يمكنه تَخْلِيصُ نَفْسِهِ منها، فحيث أثبتنا الخيارَ لِحُدُوثِ الْعَيْبِ بِأَحَدِهِمَا بعد الْعَقْدِ، ففسخ قَبْلَ الدُّخول - لاَ مَهْرَ لَهَا، وإن فَسَخَ بعد الدُّخول يجبُ المهر.

وأيُّ مهرٍ يلزمُ؟

نظر إن حَدَثَ العيبُ بعد الدُّخُولِ، فَلَهَا الْمُسَمَّىٰ؛ لأن المانع من قرارِ النِّكَاح وُجِدَ بعد اسْتِقْرَارِ الْمُسَمَّىٰ.

وإن حَدَثَ قبل الدُّخول، فَدَخَلَ بها قبل العلم - فهو كما لو كان مَوْجُودًا يوم العقدِ؛ فلها مهرُ المثلِ على الصَّحِيحِ من الْمَذْهَبِ. وقيل: هو كما لو حَدَثَ بعد الدُّخولِ، فلها الْمُسَمَّىٰ، والأول أَصَحُّ.

وَلاَ سُكْنَىٰ لها، ولا نفقة إن كانت حَائِلاً.

وإن كانت حَامِلاً فقولان؛ كما لو كان العيبُ موجودًا يَوْمَ العَقْدِ.

وإذا حَدَثَ العيبُ بها فغرم الزوجُ المهرَ - لا يرجعُ على أَحَدٍ؛ لأنه لم يكن في العقد غُرُورٌ، فإذا أرتق منها محلَّ الجماع بِعَارِضٍ يزولُ عن قَرِيبٍ بغير عِلاَجٍ [أو بِعِلاَجٍ][1] يسيرٍ - لا خيار له.

---

(١) سقط في أ.

فإذا وَجَدَتِ المرأةُ زَوْجَهَا مجنونًا فَرَضِيَتْ بِهِ ـ لأوليائها الفسخُ، لأنهم يتعيَّرون به.

وإن وُجِدَ مَجْبُوبًا أو عنيناً فرضيت به فلا فسخ لأوليائها؛ لأن فَقْدَ الاستمتاعِ ضَرَرٌ يعـودُ إليها، لاَ عَارَ على أَوْلِيَائِهَا منه.

وإن وجدته مَجْذُومًا، أو أَبْرَصَ، ورضيت ـ هل لأوليائها الفسخ؟

فيه وجهان:

وكذلك في الابتداءِ لو أراد الوليُّ تزويجَ وَلِيَّتِهِ من مَجْنُونٍ، أو أَبْرَصَ، أو مجبوبٍ، أو عِنِّينٍ ـ لها الامتناعُ. ولو أرادتْ هي التزويجَ [من مَجْنُونٍ][(1)]، فلوليِّها المنعُ.

وإن رَغِبَتْ في مَجْبُوبٍ، أو عِنِّينٍ، فليس لوليها المنعُ.

وإن رَغِبَتْ في مَجْذُومٍ أَوْ أَبْرَصَ ـ فهل لوليها المنعُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الضَّرَرَ يختصُّ بها، وهو العيافةُ.

والثَّاني: له ذلك؛ لأنه قد يَعْدُو إليها وإلى النَّسْلِ، فيلحق العارُ النَّسَبَ.

أما إذا حَدَثَ شَيْءٌ من هَذِهِ العيوبِ الخمس بعد العقد، فَرَضِيَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ ـ فلا فَسْخَ لأوليائها؛ لأن حَقَّهم في الْكَفَاءَةِ حالةَ العقدِ لاَ حَقَّ لهم في الدَّوام؛ كما [لو][(2)] رغبت المرأةُ في عَبْدٍ، لأوليائها المنعُ.

ولو عتقت أمةٌ تحت عبدٍ، فرضيت ـ لاَ فَسْخَ لأوليائِهَا.

قال [الشافعي ـ رضي الله عنه ـ][(3)] في «الأم»: لو نَكَحَ امرأةً، فأصاب بها عَيْبًا، وَرَضِيَ به ـ يسقطُ خِيَارُهُ، فإن حَدَثَ بها عَيْبٌ آخرُ كان له الخيارُ، وإن ازْدَادَ الأولُ وعظم، لا خِيَارَ له؛ لأنه عَيْبٌ واحدٌ فَرِضَاهُ به رِضًا بما يَحْدُثُ منه.

بَابُ الأَمَةِ تغرُّ

إذا تزوج رَجُلٌ امرأةً بشرط أنها حُرَّةٌ، فبانت أَمَةً، وإنما يتصورُ هَذَا إذا كان المزوجُ غيرَ السيِّد؛ لأن السَّيِّدَ إذا زَوَّجَ بهذا الشرط تعتقُ الأَمَةُ.

فإذا زَوَّجَهَا وكيلُ السَّيِّدِ بهذا الشَّرْطِ ـ نظر إن كان الزوجُ مِمَّنْ لا يحلُّ له نِكَاحُ الأَمَةِ بأن كان حُرًّا موسرًا، ولا يَخَافُ الْعَنَتَ على نفسه ـ لا يصحُّ النِّكَاحُ.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

وإن كان ممن تحلُّ له الأمةُ، ففي صِحَّةِ النِّكَاحِ قولانِ؛ كما ذكرنا قبل هذا.

وإن قلنا: لا يصحُّ النِّكَاحُ؛ فإن كان قَبْلَ الدُّخُولِ لا شَيْءَ للمرأةِ؛ لا نصف المهر ولا متعة، وإن كان بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا مهرُ المثلِ، وعليها العدّةُ.

وإن قلنا: يصحُّ النِّكَاحُ، فإن كان الزوجُ حُرًّا، فله الخيارُ بين فَسْخِ النِّكَاحِ وَإِجَازَتِهِ، وإن كان عبدًا فهل له الْخِيَارُ؟ فيه قَوْلاَنِ:

فإن قلنا: له الْخِيَارُ، فإن فسخ العقد، نظر إن كان قَبْلَ الدُّخولِ لا شَيْءَ لها لا نصف مهر ولا متعة، وإن كان بعد الدخول فلها مَهْرُ المِثْلِ على الصَّحِيحِ من المذهب.

وفيه قولٌ آخرُ: أن لها المسمَّى، وعليها الْعِدَّةُ.

وإن أَجَازَ العقدَ، فلها المسمَّى.

وإن كان الزوجُ عبدًا فالمهرُ بماذا يَتَعَلَّقُ؟ إن قلنا: العقدُ باطلٌ أو صحيحٌ، وفسخ - فيه [ثلاثةُ أقوال][1]: أحدهما: بِكَسْبِهِ.

[والثاني: بِرَقَبَتِهِ.

والثالث: بِذِمَّتِهِ.

وإن أَجَازَ العقدَ، فالمسمَّىٰ يتعلَّقُ][2] بكسبه.

ومهما غرمُ الزوجُ الْمَهْرُ، هل يرجعُ به على الْغَارِّ؟ - نظر إن أَجَازَ العقدَ، فلا فَسْخَ.

وإن قلنا: النِّكَاحُ بَاطِلٌ، ففيه قَوْلاَنِ:

أصحهما: لا يرجعُ به على الْغَارِّ - كما ذكرنا في فصل الْغُرُورِ من قبل - والأولاد الذين حَصَلُوا قبل العلم أَحْرَارٌ، سواءٌ فَسَخَ العقدَ أو أَجَازَ، وسواء كان الزوجُ حرًّا أو عَبْدًا.

ويجبُ على الزَّوْجِ قِيمتُهم؛ لأن امتناعَ الرِّقِّ فيهم لاعتقاده حريةَ الأم، فيستوي فيه الحرُّ والعبدُ، وتعتبر قيمتهم بيوم السُّقُوطِ؛ لأنه أولُ حالة يمكنُ فيها تَقْوِيمُهُمْ.

وعند أبي حنيفة: تعتبر قيمتهم بيوم الْمُرَافَعَةِ إلى الحاكم، حتى لو مَاتُوا قبله [لا يرجع بِشَيْءٍ عليه][3]، ويرجع الزوجُ بقيمةِ الأولادِ بعدما غرمها لِلْسَّيِّدِ على الْغَارِّ.

ثم إن كان الغرورُ من جِهَةِ وكيلِ السَّيِّدِ - يرجعُ عليه بعد ما غرم فِي الْحَالِ، وإن كان الغرورُ من جهة الْمَرْأَةِ، فيغرم الزوجُ للسيدِ في الْحَالِ، ويرجع على الأَمَةِ بعد العتقِ.

---

(١) في أ: قولان.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لا شيء عليه.

وإن كان الزوجُ المغرورُ عبدًا تتعلَّق قيمةُ الأولادِ بِذِمَّتِهِ، فإذا عتقَ وغرمَ، ويرجعُ على الْغَارِّ.

وعند أبي حنيفة: إذا كان الزوجُ المغرورُ عبدًا فالأولاد أَرِقَّاءُ؛ لأن الأبوين رَقِيقَانِ.

قلنا: وإن كانا رَقِيقَيْنِ، ولكن الاعتبار في رِقِّ الولدين [للأمِّ][1].

ثم لو كان الأبُ [حرًا][2] كان الولدُ في الْغُرُورِ حرًا مع كَوْنِ الأمِّ رقيقةً، كذلك إذا كان عَبْدًا فنقول: من تَلِدُ له الْحُرَّةُ حَرًا تَلِدُ الأمةُ عند الغرور حرًا كالحرِّ، وإنما قيمةُ الأولاد تتعلَّق[3] بكسبِ العبدِ؛ لأن النِّكَاحَ لا ينفكُّ[4] عن الغرورِ، فلم يرض به السيدُ، بخلاف المهرِ يتعلَّقُ بكسبه؛ لأن النِّكَاحَ لا يخلو عن المهر، فقد رَضِيَ السيدُ بتعلقه بِكَسْبِهِ حين رَضِيَ بالنِّكَاحِ، والأولاد الذين يَحْصُلُونَ بعد العلم أَرِقَّاءُ لمالك الأَمَةِ.

وحيث أوجبنا قيمةَ الأولاد إنما تجب قيمةُ مَنْ خرج منهم حيًا وإن مَاتَ في الحالِ.

فأما مَنْ خرج منهم ميتًا، فلا تجب قيمتُه، فلو ضَرَبَ ضَارِبٌ بَطْنَهَا، فألقت جَنِينًا ميتًا - يجب على الضَّارِب الْغُرَّةُ، وَيَجِبُ على المستولدِ الْغُرْمُ لمالكِ الأَمَةِ؛ لأنه لما يقوم الجنينُ له على الضَّارِبِ -: يقومُ للمالكِ عليه؛ كالعبدِ الْجَانِي إذا مات لاَ شَيْءَ على الْمَوْلَىٰ.

وإن قيل: يتعلَّق حَقُّ المجنيِّ عَلَيْهِ بقيمته، ثم إن كانت قيمةُ الْغُرَّةِ وعشرُ قيمة الأمِّ سَوَاءٌ - فَالْغُرَّةُ للأبِ المستولد، وعليه عُشْرُ قيمةِ الأم لِلسَّيِّدِ.

فإن تفاوتا - ذكر العراقيون - أن على المستولد عُشْرَ قيمةَ الأمِّ، وإن زَادَ على الْغُرَّةِ، ويكون للسيدِ، وليس على الضَّارِبِ إلاَّ الْغُرَّةُ.

وإن كانت الغرةُ أكثرَ من عُشْرِ قيمة الأم - فالفضلُ مَوْرُوثٌ من الْجَنِينِ.

قال الشيخُ: على هذا يغرم المستولد [للسيد][5] قبل أَخْذِ الْغُرَّةِ، وهذا بخلاف عَبْدِ الْجَانِي، إذا قيل: يغرمُ السيدُ للمجنيِّ عليه الأقل؛ لأن هناك لا جناية من المولى، وها هنا المستولدُ جَانٍ يمنع الرِّق، نظيره لو مَنَعَ المولى العبدَ الْجَانِي غرم الأَرْشَ بَالِغًا ما بَلَغَ.

ومن أصحابنا مَنْ قَالَ: عَلَى المستولد أقلُّ الأَمْرَيْنِ من قيمة الْغُرَّةِ، أو عشر قيمة الأمِّ من الغرة؛ كالعبدِ الْجَانِي إذا قيل: يغرم السيدُ للمجنيِّ عليه أقلُّ الأمرين مِنْ قِيمَتِهِ، أو أَرْش جِنَايَتِهِ.

فإن كانت الغرةُ أكثرَ من عُشْر قيمةِ الأم - فالفضلُ موروثٌ [لِوَارِثِ][6] الجنين ولا

---

(١) في أ: من الأم.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لم تتعلق.
(٤) في أ: ينفك.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

وارث له مع الأب إلاَّ الجدة، فإن كَانَتْ له جَدَّةٌ، فلها سُدُسُ ذلك الفضلِ، والْبَاقِي للأبِ، ولا يجب على المستولدِ شَيْءٌ ما لم تصلْ إليه الْغُرَّةُ، وكذا(١) العبد الجاني لا يغرم شيئًا ما لم تَصِلْ إليه قيمةُ العبد

وإن كان الضَّارِبُ هو المستولدَ تُؤْخَذُ الغرةُ مِنْ عَاقِلَتِهِ، وقدر عُشْرِ قيمة الأُمِّ منها لِمَالِكِ الأَمَةِ، والفضلُ موروثٌ لغيرَ الأَبِ؛ لأنه قَاتِلٌ.

وإن كانت له جدةٌ، فلها سُدُسُ الفضلِ، والباقي لِعَصَبَتِهِ إن كان لِلْجَنِينِ عَصَبَةٌ، وإلاَّ فَلِبَيْتِ المالِ.

وإن كان الضَّارِبُ عَبْدَ المستولدِ، فالغرةُ تتعلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يؤدِّي منها عُشْرَ قيمةِ الأم إلى مالك الأمة، ويقدر ما يرثه المستولدُ يسقط.

وإن كان الضَّارِبُ هو المستولدَ، ولكنه عبد ـ فالغرةُ في رَقَبَتِهِ للوارثِ(٢) فيؤدي منها عُشْرَ قِيمَةِ الأُمِّ.

وإذا تَزَوَّجَ امرأةً على أنها حُرَّةٌ، فبانت مُكَاتَبَةً، وقلنا: يَصِحُّ النكاح ـ فله الْخِيَارُ، فإن أَجَازَ فعليه المسمَّى، ولا يرجعُ به على أَحَدٍ.

وإن فسخ [وكان](٣) بعد الدُّخُولِ، وغرم المهر ـ هَلْ يَرْجِعُ على الغارِّ؟ فيه قَوْلانِ:

إن قلنا: يرجع، فإن كان الْغُرُورُ من جِهَةِ الوكيلِ، غرم الزوجُ لها المهر، فيرجع بجميعه على الوكيل.

وإن كان الغرورُ من جِهَتِهَا، فلا مَهْرَ لها، وهل يجبُ قدر ما يستباح به الْبُضْعُ؟ ـ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه غَارَّةٌ:

والثاني: يَجِبُ، حتى لا يضاهي نكاح النبيِّ ـ ﷺ ـ.

والأولاد الذين حَصَلُوا قبل العلم أحرار، على الزوج قِيمَتُهُمْ.

وتلك القيمةُ لمن تكون؟.

هذا ينبني على أن وَلَدَ المكاتبةِ هل يكون قِنًّا للسيد، أم يكاتب عليها؟ فيه قولان:

فإن قلنا: يكاتب عليها، فَلَوْ قتل ذلك الولد، فالقيمةُ لمن تَكُونُ؟ فيه قولان:

---

(١) في أ: ولسيد.

(٢) في أ: للورثة.

(٣) سقط في أ.

أحدهما: للسيدِ.

والثاني: تكُونُ للمكاتبةِ تَسْتَعِينُ بها في أَدَاءِ النُّجُومِ.

فإن قلنا: الولد قِنٌّ للسيد، أو قلنا: إذا قتل، فالقيمةُ له، فها هنا تكونُ القيمةُ للمولى، ثم هو بعدما غرم يَرْجِعُ على الغار، فإن كان الغارُّ هو الوكيلَ، رَجَعَ عليه، وإن كَانَتْ هي الغارةَ أخذ من كَسْبِهَا، فإن عجزت فحتَّىٰ تعتقُ.

وإن قلنا: القيمةُ لها، فإن كانت هي الغارةَ، فلا يغرم لها شَيْئًا، وإن كان الْغَارُّ غيرَها، فيغرم لها القيمة، ويرجعُ على الْغَارَّةِ.

ونقل الْمُزَنِيُّ أنها كالجانيةِ أَرَادَ في حال بَقَاءِ الكتابةِ يتعلَّق كُلُّ واحد بِكَسْبِهِ.

أما بعد العجزِ فيختلفان، فإن دَيْنَ الجناية يتعلَّق برقبته، وها هنا إن كان الغرورُ من جِهَتِهَا، وجعلنا القيمةَ للمولى، فيرجعُ عليها بعد الْعِتْقِ.

بَابُ الأَمَةِ تَعْتِقُ وَزَوْجُهَا عَبْدٌ

رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ الله عَنْهَا - [أَنَّها أعتقتْ بَرِيرَةَ][1] فَخَيَّرَهَا رَسُولُ الله - ﷺ - قَالَتْ عَائِشَةُ، وَابْنُ عَبَّاسٍ، وابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ الله عَنْهُمْ -: كَانَ زَوْجُ بَرِيرَةَ عَبْدًا[2].

إذا أعتقت أمةٌ تحت زَوْجٍ عبد، فلها الْخِيَارُ في فَسْخِ النِّكَاحِ، وإن عتقت وزوجها حُرٌّ لا خِيَارَ لها؛ لاجتماعهما في الْكَمَالِ؛ كما لو أَسْلَمَتْ كتابيةٌ تحت مُسْلِمٍ - لاَ خِيَارَ لها.

وعند أبي حنيفة: يثبتُ لها الْخِيَارُ؛ كما لو كَانَ الزوجُ عبدًا.

قلنا: إذا كان الزَّوْجُ عَبْدًا يَلْحَقُهَا أنواعٌ من الضَّرَرِ من أَنَّ السيدَ يمنعُه عنها، ولا نفقة عليه لِوَلَدِهَا، ولا وَلاَيَةَ له على وَلَدِهَا، ولا ميراثَ لها منه، وقبل العتق لا خِيَارَ لها مع وُجُودِ هذه الْمَعَانِي؛ لأنها في مِثْلِ حاله.

ثم خيارُ العتقِ يكون على الفورِ بعد ما عَلِمَتْ بالعتقِ على الصَّحِيحِ مِن المذهبِ؛ لأنه خيارُ نقيضه؛ كخيارِ الرَّدِّ بالعيبِ في الْبَيْعِ.

وإن عَلِمَتْ ولم تفسخ مع الإِمْكَانِ - بَطَلَ خِيَارُهَا.

وفيه قولان آخَرَانِ:

---

(١) في أ: أن بريرة أعتقت.

(٢) تقدم.

أحدهما: لها الخيارُ إلى ثَلاَثَةِ أيام؛ لأنها أَلِفَتْهُ فحتى تتفكَّر في أمرِها، والثلاثُ نهايةُ الْقِلَّةِ، فَحَدَّدْنَا بها المُدَّةَ.

والثَّاني: لها الخيارُ ما لم يوجد منها صَرِيحُ الرِّضَا، أو يصيبها زوجُها طَائِعَةً، وهو قولُ حَفْصَةَ. وعند أبي حنيفة: لها الْخِيَارُ ما دامت في المجلسِ كَالْمُخَيَّرَةِ.

ولو أَصَابَهَا الزوجُ بعد العتقِ، وهي جَاهِلَةٌ بالعتق ـ لاَ يَبْطُلُ خِيَارُهَا.

ولو ادَّعى الزوجُ علمها، وأنكرت ـ فالقولُ قولُها مع يَمِينِهَا، فإن قالت: علمتُ العتقَ، ولم أعلم أن الْخِيَارَ ثابتٌ لي ـ ففيه قولان:

أحدهما: يَبْطُلُ خِيَارُهَا كالمشتري إذا عَلِمَ بالعيبِ، ولم يرده، وقال: لم أَعْلَمْ أن الرَّدَّ ثَابِتٌ لي.

والثاني ـ وهو الأصحُّ: يقبل قولُها، ولا يبطل خِيَارُهَا؛ لأنه مما يَخْفَىٰ على العوام، بخف الردِّ بالعيبِ، وحق الشُّفعة؛ لأنه مما يعرفه العوام الَّذين نَشَؤُوا فيما بين الْمُسْلِمِينَ، ويجوزُ لها الفسخُ بنفسها من غَيْرِ حَاكِمٍ؛ لأنه ثَبَتَ بِالنَّصِّ؛ كالأخذِ بِالشُّفْعَةِ.

وإذا فَسَخَتِ العقدَ قبل الدُّخُولِ لاَ مَهْرَ لها، ولم يكن لِسَيِّدِهَا مَنْعُهَا من الْفَسْخِ، وإن كان يَسْقُطُ به الصداقُ الذي هو حَقُّهُ؛ لأنه فَسْخٌ ثَبَتَ لضررٍ يعودُ إليها.

وإن فَسَخَتْ بعد الدُّخولِ يكون المهرُ لسيدها.

وَأَيُّ مَهْرٍ يَجِبُ؟

نظر إنْ وُجِدَ الدُّخُولُ قبل العتق، يَجِبُ الْمُسَمَّىٰ.

وإن وُجِدَ بَعْدَ الْعِتْقِ ـ وهي جاهلةٌ بالعتقِ ـ يجب مَهْرُ المِثْلِ على ظاهر المذهب ـ كما ذكرنا في حُدُوثِ الْعَيْبِ ـ إذا وُجِدَ الدخولُ بعده على غير عِلْمٍ، ثم فسخ العقد ـ يجب مَهْرُ المثل على الصَّحِيحِ من المذهب؛ لأن الفسخَ يَسْتَنِدُ إلى سببه، وسببه وُجِدَ قبل الدُّخُولِ، فكان كَالْعَيْبِ الموجودِ يَوْمَ عَقْدِ النِّكَاحِ.

أمَّا إذا أَقَامَتْ معه، فيجب المسمَّى، سواء كان الدخولُ قبل الْعِتْقِ، أو بعده، ويكونُ للسيِّدِ، وإن كان العتقُ قبل الدُّخُولِ؛ لأنه وَجَبَ بِالْعَقْدِ.

ولو طَلَّقَهَا الزوجُ رجعيًّا، فعتقت في الْعِدَّةِ ـ فلها تأخيرُ الفسخِ إلى أن يُرَاجِعَهَا، حتى لو اخْتَارَتْ المقامَ مَعَهُ في هذه الحالة ـ لاَ يَبْطُلُ خِيَارُهَا؛ لأنها جارِيةٌ [إلى بينونة][1] فإذا رَاجَعَهَا الزوجُ لها الفَسْخُ.

---

(١) في أ: من البينونة.

ولو أَرَادَتِ الفسخَ قبل المراجعة ـ لها ذلك؛ لأنها إذا أَخَّرَتْ حتى رَاجَعَهَا، ثم فسخت ـ تَطُولُ العدةُ عليها.

ولو عتقت الأمةُ، وَطَلَّقَهَا الزوجُ قبل اختيارِ الْفَسْخِ ـ يَقَعُ الطَّلَاقُ.

وفيه قولٌ آخر: أن الطَّلَاقَ موقوفٌ، فإن فسخت بَانَ أنه لم يَقَعْ، وإن أجازت وَقَعَ؛ لأن في إِيقَاعِ الطَّلَاقِ إِبْطَالَ حقِّها من الفسخ؛ كما لو طلق في حَالِ الرِّدَّةِ يكون مَوْقُوفًا، والأول أَصَحُّ؛ لأن الفسخَ بسبب الْعِتْقِ لا يستندُ إلى ما قبله حتى يَمْنَعَ وقوعَ الطَّلَاقِ، وارتفاع النِّكَاحِ بسبب الردةِ يستندُ إلى الرِّدَّةِ.

فإذا لم يعد إلى الإسلام بَانَ أن الطَّلَاقَ لم يُصَادِفَ النِّكَاحَ، ولم يقع؛ فلذلك جعلناه مَوْقُوفًا.

ولو عتقت صَبِيَّةٌ أو مَجْنُونَةٌ تحت عَبْدٍ، فلها الخيارُ بعد البلوغِ والإفاقةِ، ولا يقوم الوليُّ مقامها في الْفَسْخِ؛ لأنه خيار تَشَهٍ كخيار الْعُنَّةِ، وهي قبل البلوغ والإفاقة في حُكْمِ الزَّوْجَاتِ في جَمِيعِ الأَحْكَامِ.

ولو عتق بعضُ الأمة لا يثبت لها الْخِيَارُ ما لم تعتق كُلُّها؛ لأنه لم يَثْبُتْ لها حُكْمُ الْكَمَالِ؛ بدليل أنها لا تَرِثُ ولا تَشْهَدُ.

ولو كُوتِبَتْ لا خِيَارَ لها؛ كما لو دُبِّرَتْ.

ولو عتقت ـ وزوجُها مكاتب أو بعضه حُرٌّ وبعضُه رَقِيقٌ ـ لها الْخِيَارُ.

ولو عتق الزَّوْجَانِ معًا لا خيارَ لها، ولو عتقت قَبْلَهُ ولم تعلم بالعتق حتى عتق الزوجُ، فهل لها الْخِيَارُ؟ فيه قَوْلَانِ:

أحدهما: له ذلك؛ لأنه كان رَقِيقًا حالة عِتْقِهَا.

والثاني ـ وهو الأظهرُ: لا خيارَ لها كالمشتري، إذا لم يعلم بالعيب حَتَّىٰ زال العيبُ، لا فَسْخَ له.

ولو عتق عبد وتحته أَمَةٌ، لا خيار له؛ لأن الطَّلَاقَ بيدِهِ، ولأنه لا ضَرَرَ عليه إلا من حَيْثُ إنه ليس تحته فِرَاشٍ كَامِلٍ، ويمكنه استحداثه.

وفيه وَجْهٌ آخر: أنه له الخيارُ؛ كما يَثْبُتُ لها إذا عَتَقَتْ.

فرع: إذا زَوَّجَ أَمَتَهُ من عَبْدِ رجلٍ، وقبض الصَّدَاقَ واستهلكه، ثم أعتقها في مَرَضِ مَوْتِهِ، أو أَوْصَىٰ بِعِتْقِها، فمات وهي ثُلُثُ ماله، أو لم يَسْتَهْلِكِ الصَّدَاقَ، غير أنه إذا ضُمَّ إلى سَائِرِ ماله كانت الأَمَةُ ثُلُثَ الْكُلِّ، وكان قبل الدُّخول بها ـ فلا خِيَارِ لها؛ لأنها لو فَسَخَتِ النِّكَاحَ وَجَبَ ردُّ المهر من تركة السيدِ، وإذا رد المهر لا يخرج كلها من الثُّلُثِ، وعِتْقُ

الْبَعْضِ لا يُثْبِتُ الْخِيَارَ، فإثباتُ الخيار يجر إلى سُقُوطِهِ، فإن خرج الثلثُ دون الصَّدَاقِ، أو كان بعد الدخول ـ فلها الخيار.

نظيره في المسألةِ الأولى: رَجُلٌ أَوْصَىٰ بعتقِ عَبْدَيْنِ هما ثلثُ ماله، فمات، وعتق العبدان، ثم شهد الْعَبْدَانِ على الميتِ بِدَيْنٍ ـ لا يقبل؛ لأنا لو قَبِلْنَا ـ: لم **يخرج العتقُ** من الثُّلُثِ، فإذا بقي فيهما شيءٌ من الرِّقِّ ـ امتنع قبولُ شهادتهما.

ولو أَعْتَقَ الوارثُ الأمةَ بعد مَوْتِ السَّيِّدِ قبل الدُّخُولِ، فإن كَانَ الوارثُ معسرًا ـ لا خيار لها؛ لأنها إذا فَسَخَتِ النِّكَاحَ، يجب رَدُّ المهرِ من تَرِكَةِ الميتِ.

وإذا كان على الميتِ دَيْنٌ لا ينفذ إعتاقُ الوارث المعسر، فإن كان الْوَارِثُ موسرًا، يجب رَدُّ المَهْرِ من تَرِكَةِ الميت، وإذا كان على المَيِّتِ دَيْنٌ لا ينفذ إعتاقُ الْوَارِثِ المُعْسِرِ، فإن كان الْوَارِثُ موسرًا ـ فلها الْخِيَارُ.

وإذا فَسَخَتِ النِّكَاحَ، فالوارثُ يغرمُ لسيد الزَّوْجِ الأقل من الصَّدَاقِ، أو قِيمَةَ الأَمَةِ.

وإن كان على الْمَيِّتِ دَيْنٌ، فَعَلَىٰ المعتقِ قيمةُ الْجَارِيَةِ.

وإذا فَسَخَتِ النِّكَاحَ، فسيدُ الزَّوْجِ يُضَارِبُ الغرماءَ بحقِّه [من][1] قِيمَتِهَا.

بَابُ أَجَلِ العِنِّينِ

رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ أَنَّهُ أَجَّلَ الْعِنِّينَ سَنَةً[2].

وإذا وَجَدَتِ الْمَرْأَةُ [الزَّوْجَ][3] عِنِّينًا ـ وهو الَّذي لا يقدرُ على الْجِمَاعِ ـ ترفعه إلى الحاكمِ، وتَدَّعِي عليه العِنَّةَ.

ولا تثبت [عليه العُنَّةُ][4] إلاَّ بإقرارٍ من جِهَتِهِ، أو ببَيِّنَةٍ تقومُ على إقرارِه؛ لأَنَّها لَيْسَتْ ممَّا يمكن الوقوفُ عليها من غَيْرِهِ.

فإنْ أَنْكَرَ الْعُنَّةَ، وقال: تركت جِمَاعَهَا؛ لأَنِّي لا أَشْتَهِي ـ، حَلَفَ على ذلك، فَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَتْ، وثبتت العُنَّةَ.

وقال أبو إسحاق: لاَ تَحْلِفُ المَرْأَةُ؛ لأَنَّها لا تَقِفُ عليها، فإنَّه يمتنعُ من جِمَاعِهَا

(١) في أ: في.
(٢) أخرجه البيهقي [٧/ ٢٢٦] من طريق سعيد بن المسيب عن عمر.
(٣) في أ: زوجها.
(٤) سقط في أ.

لِلْعَجْزِ [وغيره][١]. والأوَّلُ أَصَحُّ؛ لأنَّها تعرفُ ذلك بالممارسةِ، خصوصًا إذا طَالَ مقامه مَعَهَا؛ كما في كِنَايَاتِ الطَّلَاقِ - إذا ادَّعَتْ نِيَّته، فأنكر، ونكَّلَ عَن اليمينِ - لها أَن تَحْلِفَ على إرادتِهِ الطَّلَاقَ.

فإذا ثبت عَجْزُهُ إمَّا بإقرارِهِ، أَو بيمينها بعد نُكُولِهِ، ضَرَبَ الحاكِمُ له مُدَّةَ سَنَةٍ يطلبها؛ لأنَّه قد يكونُ لعارضٍ من حَرَارَةٍ، أَو بُرودَةٍ، أَو رُطُوبَةٍ، أَو يُبُوسَةٍ.

فإن كان من الحَرارَةِ تَزُولُ في الشِّتاءِ، أَو من البُرُودَةِ، تَزُولُ في الصَّيْفِ، أَو من الرُّطُوبَةِ تَزُولُ في الخَرِيفِ، أَو من اليُبُوسَةِ تَزُولُ في الرَّبِيعِ.

فإذا مَضَتِ السَّنَةُ - ولم تَزَلْ - ظهر أَنَّه عَجْزُ خلقةٍ، فيثبتُ لها حَقُّ الخُرُوجِ عن النِّكاحِ.

وابتِداءُ المُدَّةِ من وَقْتِ قَضاءِ القاضي بالأَجَلِ، لا من حين الْعَجْزِ والإقْرَارِ؛ لأَنَّه مجتهدٌ فيه، بخلاف مُدَّةِ الإيلاءِ تكون من وَقْتِ اليمين؛ لأَنَّها مَنْصُوصٌ عليها؛ [كحجر][٢] السَّفِيهِ والْمُفْلِسِ يكون من وَقْتِ قَضاءِ القاضي، [وحجر][٣] الصَّبِيِّ والمَجنُونِ لاَ يَحْتَاجُ إلى قَضاءِ القَاضِي.

ثمَّ بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ لا فَسْخَ لها، حَتَّى يَحْكُمَ الحاكِمُ بِالْعُنَّةِ.

ثمَّ المرأَة تَفْسَخُ النِّكَاحَ من دون الحاكِمِ على أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

والثَّاني: الحاكِمُ يَفْسَخُ بعد طلبِهَا؛ لأَنَّه مُجتَهِدٌ فيه، فيكون إلى الحاكِمِ. وفرقةُ العُنَّةِ فرقَةُ فَسْخٍ لا ينتقصُ به عَدَدُ الطَّلَاقِ.

وعند أَبي حنيفة: يفرقُ الْقَاضِي بينهما بطلقةٍ.

ويستَوِي في مُدَّةِ الْعُنَّةِ الحُرُّ والعَبْدُ لأَنَّه لمعنى يَرْجِعُ إلى الْجِبِلَّةِ؛ كمُدَّةِ الإيلاءِ والرَّضَاعِ.

وعند مالك: يُضْرَبُ لِلْعَبْدِ نِصْفَ سَنَةٍ.

وإذا جَامَعَهَا الزَّوْجُ قبل ضَرْبِ المُدَّةِ، أَو في خِلاَلِهَا، أَو بعدها في قُبُلِهَا - ، خَرَجَ عن العُنَّةِ.

وأَقَلُّ ما يزولُ به حُكْمُ العُنَّةِ - إن كانت بِكْرًا - أَن يَفْتَضَّهَا بآلَةِ الإفْتِضاضِ، وإن كانت ثَيِّبًا أَن يُغَيِّبَ الْحَشَفَةَ.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: كعجز.
(٣) في أ: وعجز.

وإن كان مَقْطُوعَ بَعْضِ الذَّكَرِ، فإن كان الباقي [أَقَلَّ][(١)] من الْحَشَفَةِ ـ ، فلها حَقُّ الفَسْخِ على الفَوْرِ، بسبب الْجَبِّ.

وإن كان الباقي قَدْرَ الْحَشَفَةِ، أو أكثر، ـ فلا خيارَ لها بسبب الْجَبِّ.

فإن عَجَزَ عن الإيلاج تُضْرَبُ مُدَّةُ الْعُنَّةِ، وإذا غيب من الباقي قَدْر الْحَشَفَةِ، زال حُكْمُ العُنَّةِ [حَتَّى يُغَيِّبَ الْكُلَّ؛ لأَنَّه ليس هناك حَدٌّ يُمْكِنُ اعتبارُه][(٢)]. قد ظَهَرَ ضُعْفٌ في بِنْيَةِ الذَّكَرِ بقطعِ بَعْضِهِ فيشترط زيادةُ الإيلاجِ.

وإن كان الرَّجُلُ خَصِيًّا أَو خُنْثَىٰ، وقلنا: لا خيارَ لها بسببِ هذا النَّقْصِ، أو قلنا: لها الخيار، فَرَضِيَتْ به، فَعَجَزَ عن الإيلاجِ ـ يضرب مُدَّة العُنَّةِ.

وإذا كان الرَّجُلُ يُصِيبُهَا دون فَرْجِهَا [ولا يقدرُ على الإيلاَجِ، أو في دُبُرِهَا][(٣)]، فلا تَزُولُ به العُنَّةُ.

ولو كانت له امْرَأَتانِ يُصِيبُ إِحْديهما، ويعجزُ عن الأُخْرَى ـ ، تُضْرَبُ له مُدَّةُ العُنَّةِ في حَقِّ الأُخرى.

وإنْ كانت التي يُصِيبُهَا بِكْرًا والأُخرىٰ ثَيِّبًا، فإذا رَضِيَتِ المَرْأَةُ بِعُنَّةِ الزَّوْجِ بعد مُضِيِّ المُدَّةِ ـ يبطل حقُّها من الفَسْخِ، بخلاف ما لو تركت المطالبة بِالوَطْءِ في الإِيلاءِ، ثُمَّ بَدَا له؛ فلها الطَّلَبُ؛ لأَنَّه ضَرَرٌ يَتَجَدَّدُ كُلَّ ساعَةٍ؛ كما لو رَضِيَتْ بإعْسَارِ الزَّوْجِ بالنَّفَقَةِ، فلها أن تَفْسَخَ بعده، والعُنَّةُ عَيْبٌ واحِدٌ، وإذا رَضِيَتْ لا فَسْخَ لها بعده كالْجَبِّ.

ولو رَضِيَتْ به قَبْلَ ضَرْبِ الْمُدَّةِ، أو في خِلالِهَا، فقد قيل: لا فَسْخَ لها بعده؛ كما لو رَضِيَتْ بعد مُضِيِّ المُدَّةِ.

والصَّحيحُ من المذهبِ: أَنَّ خَيارَها لا يبطلُ؛ لأَنَّ حَقَّ الفَسْخِ يثبتُ لها بعد مُضِيِّ المُدَّةِ؛ فلا يبطلُ بِالرِّضَا قبله؛ كما لو أسقطَ الشُّفْعَةَ قَبْلَ الْبَيْعِ ـ: لا تسقط.

ولو فَسَخَتِ النِّكَاحَ بِعَيْبِ الْعُنَّةِ، أو رضيت بِعُنَّتِهِ، فَأَبَانَهَا الزَّوْجُ، ثُمَّ نَكَحَتْهُ ثَانِيًا، هل يَتَجَدَّدُ لها حَقُّ الفَسْخِ؟ فيه قولان:

أَحَدُهما: لا؛ لأَنَّها نَكَحَتْ عالِمَةً بالْعَيْبِ؛ كما لو اختارت المقامَ معه لا فسخَ لها بعده.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

والثَّاني ـ وهو الأَصَحُّ ـ: لها الخيارُ؛ لأَنَّهُ نِكَاحٌ جَدِيدٌ، فيَتَجَدَّدُ لها الحَقُّ فيه؛ لأَنَّها قد تقدر زوال عُنَّتِهِ في مُدَّةِ الفراقِ، فتضرب المُدَّةُ ثانيًا.

أَمَّا إذا نَكَحَ امرأَةً ابتِداءً، وقد حُكِمَ بِعُنَّتِهِ في حَقِّ امْرَأَةٍ أُخرَىٰ، وهي عالِمَةٌ به ـ، فهل لها الخيارُ؟.

قيل: فيه قولان كالأَوَّل.

والمذهبُ: أَنَّ لها الْخِيَارُ قَوْلاً واحِدًا؛ لأَنَّ الرَّجُلَ [يَتَعَنَّن][1] عن امرأة، ولا [يتعنن][2] عن أُخرَى، فَعَلْمُهَا بِعُنَّتِهِ في حَقِّ الغَيْرِ لا يكون رِضًا بِعُنَّتِهِ في حَقِّهَا.

ولو طَلَّقَ امرأةً طلاقًا رجعيًا بعد ما رَضِيَتْ بِعُنَّتِهِ، ثم رَاجَعَهَا ـ لاَ فَسْخَ لها؛ لأنها رَضِيَتْ بِعُنَّتِهِ في هذا النِّكَاحِ.

اعترضَ عليه المزنيُّ، فقال: كيف تتصورُ هذه المسألة؛ لأن الرجعةَ إنما تَثْبُتُ بعد الوطءِ، [وبالوطء][3] تزولُ الْعُنَّةُ؟

قلنا: تتصورُ أن تَسْتَدْخِلَ مَاءَهُ، أو يأتيها في دُبُرِهَا، ويستدخل ذلك منه فتجب به العدةُ، وتثبت الرجعةُ، ولا تزول الْعُنَّةُ.

وعلى قوله القديم: إذا خَلاَ بها تَجِبُ العدةُ، وتثبت الرجعةُ في طريق، ولا تزولُ الْعُنَّةُ.

ولو نَكَحَ امرأةً فأصابها، ثم أبانها وَنَكَحَهَا ثانيًا، فأصابته عِنِّينًا ـ لها الْخِيَارُ قولاً واحدًا؛ لأنها لم تَرْضَ [بعيبه ولا عَلِمَتْهُ][4].

فَصْلٌ

إذا اختلف الزَّوْجَانِ في الإصابةِ؛ فالقولُ قولُ مَنْ ينفيها إلاَّ في ثلاثة مَوَاضِعَ:

إحداهـا: إذا ادَّعَتِ الْعُنَّةُ، فقال الزوج: أصبتها، فالقولُ قولُه مع يمينه، سواء كان قَبْلَ مُضِيِّ المدة أو بعده.

الثانية: إذا لاَعَنَ زَوْجَتَهُ، وطالبته بالفيءِ أو الطَّلاق، فقال: قد أَصَبْتُهَا، وأنكرتِ المَرْأَةُ ـ فالقولُ قولُه مع يمينه؛ لأنها تَدَّعِي سَبَبَ الخروجِ عن النِّكَاحِ، والأصلُ بَقَاؤُهُ على السَّلاَمَةِ.

---

(1) في أ: قد يعن.
(2) في أ: يعن.
(3) سقط في أ.
(4) في أ: بعينه ولا علمتها.

الثالثة: إذا ادَّعَتِ المرأةُ الإصابَةَ، وأنكر الزوجُ، فجعلنا القولَ قَوْلَهُ، فظهر بها حَمْلٌ؛ نُلْحِقُهُ به، ونحكمُ بِالإِصَابَةِ.

فإذا ادَّعت المرأة الْعُنَّةُ، وادَّعى الرجلُ الإصابةَ، فقالت المرأةُ: أنا بِكْرٌ، ترى أربع نسوة عُدُولٍ، فإن قلن: هي ثيبٌ، فالقولُ قولُه، وإن ادَّعت زَوَالَ بَكَارَتِهَا بسببٍ آخر حَلَفَ الزَّوْجُ، وإن قلن: هي بِكْرٌ يحكمُ بعدم الإِصَابَةِ.

فإن قَالَ الزَّوج: إني أصبتُها، لكن لم أُبالغ؛ فعادت الْعُذْرَةُ ـ تُسمع دَعْوَاهُ وله تحليفها، فإذا حَلَفَتِ ثبتت الْعُنَّةُ، وإن نكلت حَلَفَ الزَّوجُ ولا خِيَارَ لها، ولا فرق في دَعْوَىٰ الإِصَابَةِ بَيْنَ أن يَكُونَ الزَّوْجُ صحيحَ الذَّكَرِ، أو مقطوعَ بَعْضِهِ إذا بقي منه قدر الْحَشَفَةِ.

قال أبو إسحاق: إذا كان الزوجُ مَقْطُوعَ بَعْضِ الذَّكَرِ، فَادَّعَتِ المرأةُ عُنَّتَهُ، وَادَّعَىٰ هو الإصابةَ ـ فالقولُ قولُها مع يمينها؛ لأن الضَّعْفَ في بِنْيَةِ الذَّكَرِ ظاهر، فيقوي جانبها.

أما إذا بَقِيَ من ذَكَرِهِ ما شككنا أنه يَقَعُ منه الجماعُ أم لا؟ ـ فالقولُ قولها مع يمينها؛ لأن الظَّاهِرَ معها.

ولو ادَّعَتِ امرأةُ الصَّبِيِّ والمجنون العنةَ على زَوْجِهَا ـ لا تسمع، ولا تضرب المدة؛ لأنه لو بَلَغَ أو أفاق ربما يَدَّعِي الإصابة، فقوله فيها مَقْبُولٌ؛ لأن الصَّبِيَّ لا يُجَامِعُ في الْغَالِبِ لصغره؛ فعجزه لا يكون عَيْبًا.

ونقل الْمُزَنِيُّ ـ رحمه الله ـ فإن لم يُجَامِعْهَا الصبيُّ أُجِّلَ، وذلك خَطَأٌ في النقل؛ إنما قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فإن لم يُجَامِعْهَا الْخَصِيُّ أُجِّلَ، أجاب على قولنا: أنْ لاَ خِيَارَ لها بسبب كونه خَصِيًّا.

ولو قلنا: لها الخيارُ وَرَضِيَتْ به، فوجدته مع ذلك عِنِّينًا ـ تُضْرَبُ الْمُدَّةُ.

فرع: إذا نَكَحَ امرأةً لا يجب أن يَطَأَهَا أكثر من مرةٍ واحدةٍ، إلا أن يَقْصِدَ الْمُضَارَّةَ بِالإِيلاءِ، فيخير بعد مُضِيِّ أربعةِ أَشْهُرٍ على الْوَطْءِ والطَّلاَقِ، وهل يجب على الزَّوْجِ وِطْئَةٌ وَاحِدَةٌ ـ فيها وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا يجب سَائِرُ الوطئات، والوطء حَقُّ الزوج:

والثاني: يجب لمعنيين:

أحدهما: لإيفاء حَقِّهَا من الوطءِ.

والثاني: ليقرر لها المهر، فإن أبرأته عن الصَّدَاقِ، هل يَجِبُ على هذا الوجه أن يَطَأَهَا ـ فيه وجهان بِنَاءً على المعنيين.

إن قلنا بالأول يجب، وإن قلنا بِالثَّانِي فلا يَجِبُ، وهل لها الدَّعْوَىٰ عليه إن أَوْجَبْنَا - فلها ذلك، وَإِلاَّ فَلاَ.

فَصْلٌ فِي الْخُنْثَىٰ

رُوِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ أَنَّ مُعَاوِيَةَ كَتَبَ إِلَىٰ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي خُنْثَىٰ ظَهَرَ بِالشَّامِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُوَرَّثَ مِنْ قِبَلِ مَبَالِهِ[1].

الْخُنْثَىٰ نَوْعَانِ:

أحدهما: مَنْ له آلةٌ واحدةٌ - لا تشبه آلة الرَّجُلِ ولا آلَةَ النِّسَاءِ - يبول منها، فهو مشكل، يوقف أمرُه إلى أن يَبْلُغَ، فيختار لنفسه أَحَدَ الأمرين من الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ على مَيْلِ الطَّبْعِ، فإن احْتَلَمَ عليهن ومال طبعه إليهن فهو رَجُلٌ، وإن كان عَكْسَهُ فامرأةٌ.

النَّوْعُ الثَّانِي: أَن يَكُونَ له آلةُ الرجال وآلة النساء فيحكم فِيهِ بِالْبَوْلِ، وإن كان يَبُولُ بِآلَةِ الرِّجَالِ فهو رَجُلٌ، وإِنْ كَانَ يَبُولُ بآلَةِ النِّسَاءِ فهو امْرَأَةٌ، وإن كان يبولُ منهما يُحْكَمُ بأسبقهما خُرُوجًا على الصَّحِيحِ من المذهب، وبه قال ابن المسيب، وهو قول أبي حنيفة، وأحمد، وإسحاق - رحمه الله - وقيل: هو مشكلٌ، ولا يُحْكَمُ بِالسَّبْقِ، والأولُ أَصَحُّ، فإن اسْتَوَيَا في الْخُرُوجِ هل يحكمُ بآخرهما انْقِطَاعًا؟ فيه وَجْهَانِ:

أصحهما: يُحْكَمُ، فعلى هَذَا لو كان أحدُهما أَسْبَقَ خُرُوجًا، والآخرُ أَبْطَأَ انْقِطَاعًا - فالحكمُ للأسبقِ خُرُوجًا، وقيل: هو مشكل، فإن اسْتَوَيَا في الْخُرُوجِ والانقطاعِ، فهلْ يعتبر بالكثرة - فيه وجهان:

أصحهما: لا تعتبر؛ لأنه يسبق اعتباره فسقط، وهو قولُ الأوزاعي، وأبي حنيفة، وقيل: تعتبر، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وهل يحكمُ بِالتَّزْرِيقِ وَالتَّرْسِيسِ - فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يحكمُ به، فإن تزرقَ بِالْفَرْجَيْنِ فهو رَجُلٌ، وإن كان يرسسُ بهما فهو امْرَأَةٌ، وإن كان يزرقُ بأحدهما ويرسس بالآخر - فهو مشكلٌ، ولا يحكم بنزول اللبن قَلَّ أم كثر، وهل يحكم بُقدر الأضلاع؛ وذلك لأن أَضْلاَعَ الجنبِ الأَيْسَرِ من الرجال أنقصُ بواحد؛ لأن الله - تعالى - خَلَقَ حَوَّاءَ منها.

أصحهما: لا يحكم، وقال ابن أبي هريرة: يحكم، وعند الحسن: يقدم ذلك على الْقَوْلِ، ولا يحكم بِنَبَاتِ اللِّحْيَةِ، ولا بِنُهُودِ الثَّدْي على ظَاهِرِ المذهب؛ لأن اللِّحْيَةَ قد تَنْبُتُ لبعضِ النِّسَاءِ، والثَّدي قد يَكُونُ لبعضِ الرِّجَالِ، ويحكم بالمنيِّ والحيض، فإن أَمْنَىٰ من آلَةِ

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٥١).

الرِّجَالِ فهو رَجُلٌ، وإن أَمْنَىٰ من آلة النِّسَاءِ فهو ٱمْرأةٌ، وإن أمنَىٰ منهما؛ فتعتبر صفة الْمَنِيِّ.

فإن أَمْنَىٰ منهما على صفة مَنِيِّ الرجال فهو رَجُلٌ، وإن أَمْنَىٰ على صِفَةِ مَنِيِّ النِّسَاءِ فهو امرأةٌ، وإن أمنى مِنْ آلَةِ الرِّجَالِ على صفة مَنِيِّ الرِّجَالِ، ومن آلة النساء عَلَىٰ صِفَةِ مَنِيِّ النِّسَاءِ؛ أو على عكسه ـ فهو مشكل على أيِّ صفةٍ كان الْمَنِيُّ.

وإن حَاضَتْ مِنَ الْفَرْجِ في سِنٍّ الحيض قدر أقلِّ الحيض، ولم تمن من الذكر ـ فهي امرأة، وإن أمنى من آلة الرجال، وَحَاضَتْ من آلَةِ النِّسَاءِ في سِنٍّ يُحْتَمَلُ فيه المنيُّ والحيضُ ـ ففيه [ثلاثة][(١)] أوجه.

قال أبو إسحاق: هو امرأةٌ؛ لأن الحيضَ مُخْتَصٌّ بِالنِّسَاءِ، والمني يشتركُ فيه الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ.

وقال أبو بكر الفارسيُّ: هو رَجُلٌ؛ لأن المنيَّ حقيقة، وليس كُلُّ دَمٍ حَيْضًا.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: هو مشكلٌ. وهو أعدلُ الوجوه.

وعلى الوجوهُ كُلِّهَا يحكمُ ببلوغه. وإذا أَمْنَىٰ مِنَ الذَّكَرِ بعد عشر سنين مرة أو مرتين ـ لا يحكمُ ببلوغه، ولا يزولُ إِشْكَالُهُ؛ لاحتمال أنه يَحِيضُ من الْفَرْجِ، وكذلك لو رأى الدَّم من الفرج مرة أو مرتين؛ لِاحْتِمَالِ أنه أَمْنَىٰ مِنَ الذَّكَرِ.

فإذا صار عادة حينئذ يُحْكَمُ به، حتى لو احْتَلَمَ مِنَ الذَّكَرِ، وَأَقَرَّ بمالٍ قبل استكمال خمس عشرة سنة يكون إِقْرَارُهُ موقوفًا.

فإن حَاضَ مِنَ الْفَرْجِ فهو مشكلٌ، سواء حَاضَ بعد خمس عشرة سنة [أو قبله، وبان أن إِقْرَارُهُ لم يكن صَحِيحًا؛ لأنه بَالِغٌ الآن بالحيضِ، أو باستكمالِ خمس عشرة][(٢)].

فإن لم يَحِضْ بان أن الإقرارَ كان صحيحًا، وكذلك لو رَأَتِ الدَّمَ من الفرج بعد عشر سنين، فأقر قبل استكمال خمس عشرة ـ يوقف.

فإن أَمْنَىٰ من الذَّكَرِ بعد اسْتِكْمَالِ خمس عشرة، أو قبلها ـ بَانَ أن إِقْرَارَهُ لم يكن صحيحاً، وإن لم يحتلم فَصَحِيحٌ.

أما إذا أَقَرَّ بعد وجود العلامتيْن، فإقرارُه صَحِيحٌ؛ كما بعد اسْتِكْمَالِ خمس عشرة سنة.

وكل مَوْضِعِ حكمنا بِكَوْنِهِ مِشكلاً، فلا يجوزُ تَزْوِيجُهُ في الصِّغَرِ؛ لأنه لا يُدْرَىٰ حاله أنه رَجُلٌ فَيُزَوِّجُ امرأةً، أو امرأة فَيَنْكِحُ رَجُلاً، فَيُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ فيختار.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

ولا حكم لاختياره مع وُجُودِ شَيْءٍ من الدَّلائِلَ الظَّاهِرَةِ؛ كَالْمَوْجُودِ إذا تَنَازَعَ فيه رَجُلَانِ، فألحقه القَائِفُ بأحدهما ـ فَلاَ حُكْمَ لانتسابِهِ بعد قَوْلِ القَائِفِ.

ولا يرجعُ في الاختيارِ إلى هواه، بل يرجع إلى مَيْلِ الطبع، فإن اختار مُعَاشَرَةَ النِّسَاءِ فهو رَجُلٌ له أن يَتَزَوَّجَ، وإن اختَارَ مُعَاشَرَةَ الرِّجَالِ فامرأةٌ لها أن تَنْكِحَ.

فإن قال: أميل إليهما، فهو مشكلٌ، وإذا اختَارَ أَحَدَهُمَا لا رُجُوعَ له عن ذلك؛ لما فيه من تَضَادِّ الأحكام، إلاَّ أن يَخْتَارَ الرجولية، ثم يظهر بها حَمْلٌ تَبَيَّنَ بطلانُ اخْتِيَارِهِ؛ لأنا لو حكمنا بكونه رَجُلاً بشيءٍ من الدَّلاَئِلِ الظَّاهِرَةِ، ثم ظهر بها حَمْلٌ يَبْطُلُ ذلك، ويحكم بكونه امْرَأَةً.

ووقت اختيارِهِ بعد اسْتِكْمَالِ خمس عشرة سنة، بخلاف الحضانة يُخَيَّرُ فيها الصبيُّ بين الأبوين بعد سَبْعٍ أو ثَمَانٍ؛ لأنه ليس بِلاَزِمٍ، حتى لو بَدَا لِلْصَّبِيِّ بعد اخْتِيَارِ أحدهما، له أن يَخْتَارَ الآخَرَ، واختيار الخنثى لاَزِمٌ، فلا حكم له قبلَ الْبُلُوغِ كالمولود إذا تَدَاعَاهُ رَجُلاَنِ لا يصحُّ انتسابه قبل البلوغ.

وإذا اختَارَ الْخُنْثَىٰ يقبل اختيارُه في جميع مَا لَهُ وعليه من الأَحْكَامِ، حتى لو قُطِعَ طرفُه، فاختار الرُّجُولِيَّةَ تجب له دِيَةُ الرِّجَالِ.

ولو مَاتَ له قَرِيبٌ، فاختار الرُّجُولِيَّةَ، وميراثه به أكثر ـ يُحْكَمُ به، وإذا أَخَّرَ الاختيارَ بعد البلوغ، وميل الطبع ـ يَعْصِي الله ـ تعالى ـ ويفسق به.

وإن قال: لا يميل طَبْعِي إلى أحدهما لاَ يَعْصِي

فروع[1]: في أَحْكَامِ الخُنْثَىٰ المشكل.

يُؤْخَذُ في أمره باليقين، حتى لا وضوء عليه بِمَسِّ أَحَدِ فرجيه حتى يَمَسَّهُمَا.

فلو أولج رَجُلٌ ذَكَرَهُ في فَرْجِهِ، فلا غُسْلَ عليه، ولا وضوء، ولا حَدَّ عليه، ولا مهر، ولا عدة؛ لاحتمال أنه رَجُلٌ، وذلك شَقٌّ زائد.

وكذلك لو أولج هو في فَرْجِ امرأةٍ، فلا غُسْلَ على وَاحِدٍ منهما، ولا مهر، ولا عدة؛ لاحتمال أنه امْرَأَةٌ.

(١) في أ: فرع.

وينتقض وضوء المرأة بخروج الخارج مِنْ فَرْجِهَا، وكلُّ موضعٍ لا توجب الغسلَ لا نحكم ببطلان صَوْمِهِ وَحَجِّهِ.

فإن أولج في فَرْجِ امرأةٍ أو دُبُرِهَا، وأولج رَجُلٌ في فرجه ـ وجب الْغُسْلَ على الخنثى؛ لأنه إن كان رَجُلاً فقد أَوْلَجَ في فَرْجِ امرأةٍ، وإن كان امْرَأَةً فقد أَوْلَجَ في فَرْجِهَا رَجُلٌ؛ وبطل صومُه وحجُه، ولا كَفَّارَةَ عليه في الصَّوم، وإن لم يوجب على الْمَرْأَةِ إلاَّ احْتِيَاطًا.

ولو أَمْنَىٰ الْخُنْثَىٰ من آلَةِ الرِّجَالِ، وَرَأَتِ الدَّمَ من آلة النِّسَاءِ، وحكمنا ببلوغه وإشكالِهِ ـ فلا يَجُوزُ لها تركُ الصَّلاةِ والصوم لذلك الدَّم؛ لجواز كونه رَجُلاً، ولا يمسُّ الْمُصْحَفَ، ولا يقرأ القرآنَ في غَيْرِ الصَّلاَةِ، وبعد انقطاع الدَّم تغتسل؛ لجواز كَوْنِهِ امْرَأَةً.

وكذلك في إمْنَائِهِ من الذَّكر يمتنعُ قبل الغسل من قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ [ومسِّ الْمُصْحَفِ، ويغتسل، ذكر ذلك ابن سريج.

قال الشيخ: القياسُ أنه لاَ يَجِبُ الغسلُ بِانْقِطَاعِ الدَّمِ، ولا يمتنع من مَسِّ الْمُصْحَفِ وقراءة القرآن][1].كما لا يَجُوزُ لها تَرْكُ الصَّلاةِ لذلك الدَّمِ، فإذا أَمْنَىٰ معه حينئذٍ يَجِبُ؛ كما لا يجبُ الوضوءُ بِمَسِّ أَحَدِ الفرجين، حَتَّىٰ يَمَسَّهُمَا جميعًا.

وما ذكر ابن سريج احتياطٌ، ولا أذان على الْخُنْثَىٰ المشكل، ولا يحسب أذانه، ولا يكون إمامًا لِلرِّجَالِ.

ولو صَلَّىٰ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ يَجُوزُ كالرجال، ولا يجهرُ في الصَّلاَةِ كَالنِّسَاءِ، ولا جمعةَ عليه ولا جِهَادَ، فإن صَلَّىٰ الظُّهْرَ قبل أن يُصَلِّيَ الإمامُ الجمعة ـ فَيَجُوزُ كَالنِّسَاءِ.

وإذا مات مُحْرِمًا لا يُخَمَّرُ وجهُه، ولا رأسُه، وكل موضع أوجبنا في الزكاة من المواشي الأنثى ـ: لا يجوز الخنثى، لاحتمال أنه ذكر، وإن أوجبنا الذكر ـ: يجوز الخنثى.

وفي الْحَجِّ: ليس له لبسُ المخيطِ، وستر الرَّأْسِ، ويكشفُ الوَجْهَ احتياطًا، ثم الاحتياط أن يَفْدِيَ عن سترِ الرَّأْسِ، وليس المخيطُ لجواز كونه رَجُلاً.

قال الشيخ: فإن ستر الرأس والوجه جميعًا وَجَبَتِ الْفِدْيَةُ، ولا رَمَلَ على الْخُنْثَىٰ، ولا حَلْقَ، بل تُقَصِّرُ كالمرأةِ، ولا يرفع صَوْتَهُ بالتَّلبية.

ولو أَوْلَجَ البائع أو المشتري ذَكَرَهُ في فَرْجِ الجارية المبيعة في زَمَانِ الخيار، وهو خنثَىٰ، أو المبيع خُنْثَىٰ ـ فلا يكونُ كَالْوَطْءِ في فَسْخِ البيعِ وَإِجَازَتِهِ، فإن اخْتَارَ الذُّكُورَةَ بَعْدَهُ تَعَلَّقَ به الحكمُ بِالْوَطْءِ السَّابِقِ.

---

(١) سقط في أ.

وكذلك الراهنُ والمرتهنُ إذا أَوْلَجَ في المرهونِ الْخُنْثَىٰ لا يكونُ كَالْوَاطِيءِ، إلا أن يَخْتَارَ الأنوثةَ، ولا يستحقُّ سَهْمَ الْغَنِيمَةِ، إنما يرضخُ له، إلا أن يَخْتَارَ الرُّجُولِيَّةَ، ولا ثبت له ولايةُ التَّزْوِيجِ، كَالنِّسَاءِ، ويورث بالأقلِّ من كونه رَجُلاً أو امرأةً، ويوقف الفضل، وديته دِيَةُ الْمَرْأَةِ.

ولو ادَّعَىٰ وَارِثُهُ أنه كان رَجُلاً، فالقولُ قولُ الْجَانِي مع يمينه، إن كان قَتَلَهُ قبل الاخْتِيَارِ، وإن كان بعد اخْتِيَارِ الرُّجُولِيَّةِ، فلا تُسْمَعُ دَعْوَىٰ الْجَانِي.

ولا تحملُ الخنثى العَقْلَ كالمرأة، ولا يختن؛ لأن الجَرْحَ عَلَى الإشكال لاَ يَجُوزُ.

فإن اختار ختن على اختياره.

ولو أَسَرَ حَرْبِيٌّ خُنْثَىٰ لا يقتلُ كالمرأة، فإن اخْتَارَ كَوْنَهُ رَجُلاً قُتِلَ، ولا تُؤْخَذُ منه الجزيةُ، ويجبرُ على الاخْتِيَارِ.

فإن اخْتَارَ الذُّكُورَةَ بعد حَوْلٍ أخذ ما مضى.

ولا يكون قاضيًا، ولا يثبت بشهادته إلاَّ ما يثبت بشهادة النساء، وتقابل شهادة اثنين منهم بِشَهَادَةِ رَجُلٍ.

ولو كان لِرَجُلٍ مَمْلُوكٍ خُنْثَىٰ، فقال: إن كُنْتَ ذكرًا فأنت حُرٌّ، فإن اختار الذُّكُورَةَ عتق، وإن اختار الأنوثة لم يعتق، وإن مات قَبْلَ الاختيار فكسبُه يَكُونُ لسيِّده؛ لأن الأَصْلَ يُفَارِقُهُ.

وقيل: يقرعُ، فإن خرج سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ فهو مَوْرُوثٌ، وإن خَرَجَ سَهْمُ الرِّقِّ فَلِسَيِّدِهِ.

كِتَابُ الصَّدَاقِ[1]

قال الله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]. وقال تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

---

(١) الصَّدَاقُ: بِفَتْح الصاد وكسرها: ما وجب بنكاح أو وطء، أو تفويت بضع، قهرًا كرضاع ورجوع شهود؛ سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأَصْلُ في إيجاب المهر.

ويقال له أيضًا مهر، ونحلة، وفريضة، وأجر، وعُقر.

قال سيدنا عمر رضي الله عنه «لها عُقْرُ نِسَائِها».

ومنه قولهم: «الوطء لا يخلو من عُقْر أو عَقر».

وعَليقة: قال عليه الصلاة والسلام: أَدُّوا العَلَائِقَ. قالوا: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى به الأَهْلُونَ.

وَحِباء، ونكاح: قال تعالى: ﴿وليستعفف الذين لا يجدون نكاحًا﴾.

وطول: قال تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً﴾.

وخرس: قال العلامة القليوبي ـ أسماه مهر مع ثلاث عشر: مهر صَدَاق طَوْل خُرْس أجر. عَطِيَّة حِبَاء عَلَائق نِحْلة، فريضة نَكَاح صَدُقة عُقْر. وكلها مذكورة في الكتاب والسُّنة.

وقيل الصداق: ما وجب بتسمية في العقد، والمهر: ما وجب بغير ذلك واصطلاحًا:

عَرَّفه الحنفيّة بأنه: هو المَالُ الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد.

عَرَّفه الشافعية بأنه: ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بُضْعٍ قهرًا.

عرفه المالكية بأنه: ما يعطى للزَّوْجَةَ في مقابلة الاستمتاع بها.

عَرَّفهُ الحنابلة بأنه: العوض في النكاح، سواء سمى في العقد، أو فرض بعده بتراضيهما، أو الحاكم ونحوه كوطء شبهة.

انظر: شرح المحلى: ٣/ ٢٧٥، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٩٣، كشاف القناع: ٥/ ١٢٨. =

الصداقُ والصَّدُقةُ والمهر: اسم لما يَجِبُ على الرَّجُلِ للنساءِ في النِّكَاحِ والوطءِ، وقد سَمَّاهُ الله تعالى صَدُقةً وأجرًا، وليس هو بِرُكْنٍ في النِّكَاحِ، بل هو من جملة الزَّوَائِدِ؛ كَالرَّهْنِ في البيعِ، [والرُّكْنُ: هما الزوجان][(١)] حتى يَصِحَّ النِّكَاحُ من غير تَسْمِيَةِ الصَّدَاقِ.

قال الله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] إلا أن الْمُسْتَحَبَّ أن يسمَّى حتى لا يُشْبِهَ نِكَاحَ الموهوبة التي كانت خَاصَّةً للنبيِّ - ﷺ - وَحَتَّىٰ يَكُونَ أقطعَ للخصومة والاختلاف، حَتَّىٰ لَو زَوَّجَ أَمَتَهُ من عبده يُسْتَحَبُّ أن يُسَمِّيَ صَدَاقًا، وإن كان لاَ يَجِبُ.

وقيل: يجب، ثم يَسْقُطُ.

ولو سَمَّىٰ في النِّكَاحِ صداقًا فاسدًا من خَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ، أو ميتةٍ، أو سَمَّى مجهولاً - لاَ يَصِحُّ، ويجب مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لأن المرأةَ لم تَرْضَ ببذل بُضْعِهَا مَجَّانًا، وقد احتبس البضعُ عنده، فعليه عوضه؛ كما لو اشترى سِلْعَةً بِثَمَنٍ فَاسِدٍ، فهلكت عنده، تجب عليه قِيمَتُهَا.

وعند مالك: فَسَادُ الصَّدَاقِ يمنعُ صِحَّةَ النكاح[(٢)]، ووافقنا أن تَرْكَ التسمية لا يمنع

= حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٢٩.

- الحكمة في مشروعيته: «حصول الرغبة والأُلْفة والمحبة بين الزوجين، وإشعار المرأة بميزة الرجل عليها، وقد تستعين به على تجهيز نفسها، كما هو مُشاهد الآن».

ووجب عليه؛ لأنه أقوى منها، وأكثر كَسْبًا؛ قال تعالى: ﴿الرجال قوّامون على النساء بما فَضَّل الله به بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ ولأنه رب الأسرة وإليه تنسب.

وهل المهر عوض أو تكرمة وفضيلة للزوج؟

قولان حكاهما المرعشي: الأول نظر إلى الظاهر من كونه في مقابلة منفعة البضع، والثاني: نظر إلى الباطن من كونها تستمتع به - كما يستمتع بها.

هذا وقد كان أولياء الأمور في الجاهلية يأخذون مهور النساء، ولا يعطونها شيئًا ظلمًا وعدوانًا، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿وآتوا النِّساء صَدُقاتهن نحلة﴾ أي أعطوهن مُهُورهن إِعْطَاءَ فريضة لهن من الله، ولا تأخذوا من مهورهن شيئًا إلاَّ عن طيب نفس منهن ﴿فإن طِبْنَ لكم عن شيء منه نَفْسًا فكلوه هَنِيئًا مريئًا﴾.

والمخاطب بإيتاء المهور إلى النساء الأَزْوَاجُ عند الأكثرين، وهو الظاهر وقيل بالأولياء.

(١) سقط في أ.

(٢) اتفق المسلمون على صحة نكاح التفويض. وهو النكاحُ الذي لم يذكر فيه المهر؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، فقد رفع الله سبحانه وتعالى الجناح عمن طلّق في نكاح لا تسمية فيه، ومعلوم أن الطلاق لا يكون إلاّ بعد النكاح، فدل ذلك على صحة نكاح التفويض وأيضًا فقد روي أن النبي (ﷺ) زوّج رجلاً امرأة ولم يسم لها مهرًا، إلاّ أنه يستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق؛ لأن ذلك أقطع لأسباب النزاع والخلاف.

وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك فيما إذا دخلا على إسقاط المهر، أو سميا مهرًا حرامًا كخمر =

. . . .

= وخنزير. هل يكون النكاح صحيحًا، ويجب فيه مهر المثل، أو يفسد النكاح.

أما إذا دخلا على إسقاط المهر، فقد حصل خلاف بين الفقهاء في صحة النكاح وفساده ـ فمن يرى أن الصداق شرطٌ في صحة النكاح يقول: يفسد النكاح إذا دخلا على إسقاطه. وإلى هذا ذهب المالكيةُ، والظاهرية. إلاَّ أن المشهور من مذهب المالكية أن النكاح يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، وقيل يفسخ أبدًا. والقولان في «المدونة» ونصها: قال ابن القاسم: ومن نكح بغير صداق فإن كان على إسقاطه فسخ قبل البناء وثبت بعدة، ولها صداق المثل وهذا الذي استحسن، وقد بلغني ذلك عن مالك. وقيل: يفسخ ذلك وإن دخلا.

وأما الظاهرية، فقد قالوا: يفسخ النكاح مطلقًا قبل الدخول وبعده. وأما من يرى أن الصداق ليس شرطًا في صحة النكاح. وهم الجمهور فيقولون: لا يفسد النكاح إذا دخلا على إسقاط المهر، بل يفسد الشرط، ويجب مهر المثل. استدل المالكية، والظاهرية على فساد النكاح إذا دخلا على إسقاط المهر بالسنة، والمعقول.

أما السنة فما روي أن النبي (ﷺ) قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، ووجه الدلالة من الحديث أنهم قالوا: إن اشتراط إسقاط المهر شرط ليس في كتاب الله، فيكون باطلاً، بل قالوا: إن جاء في كتاب الله إبطاله قال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾، فإن صريح الأمر يوجب إيتاء المهر، فلو شرط عدمه يكون الشرطُ باطِلاً. وإذا بطل الشرط فالنكاح الذي وقع فيه ذلك الشرط باطل؛ لأن العقد إنما بني على ذلك الشرط.

وأما المعقود فقالوا: إن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن، والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح، فكذلك النكاح بشرط أن لا مهر. ومقتضى هذا الدليل أن يفسد النكاح لترك التسمية أيضًا، إلاَّ أنه ثبت بالنص عدم فساده.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

أما الحديث فقد قيل لهم فيه: إن قوله (ﷺ): «وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» لا يدلُّ على بطلان النكاح، إذا شرط فيه إسقاط المهر؛ لأن البطلان راجع إلى الشرط، ولا يلزم من بطلان الشرط بطلان النكاح. وأما المعقولُ: فقد قيل لهم فيه: إن قياس النكاح على البيع قياسٌ مع الفارق؛ لأن الثمن ركن البيع، فلا يتم بدون ركنه. بخلاف النكاح؛ فإن المهر ليس ركنًا فيه، وإلاَّ لما صح نكاح التفويض، بل ورود النص بصحة نكاح التفويض ـ دليل على أن المهر لا يتوقف عليه وجود النكاح، خصوصًا وأن المقصود من النكاح التناسل والتوالد والازدواج دون المال، فليس هو كالبيع. وإذا كان الأمر كذلك فيكون من المهر حكمًا. وإذا ثبت كونه حكمًا كان شرط عدمه شرطًا فاسدًا؛ وبه لا يفسد النكاح.

وأما الجمهور فقد استدلوا على عدم فساد النكاح في هذه الحالة بالمعقول فقالوا: إن النكاح عقد انضمام وازدواج، فليس المال جزءًا في مفهومه، فيتم بدونه.

والنظر في الأدلة يقضي بترجيح القول بصحة النكاح إذا دخلا على إسقاط المهر، وأن الواجب في هذه الحالة هو مهر المثل.

وأما إذا سميا صداقًا محرمًا لا يحل تملكه. فقد اختلف الفقهاء أيضًا في صحة هذا النكاح، وفساده على قولين: =

صِحَّةَ العقد، بل تقديرُ الصَّدَاقِ مَوْكُولٌ إلى تسميةِ الزوجين لا يتقدر أقله ولا أكثره، بل ما جَازَ أن يكون مَبِيعًا، أو ثمنًا في البيع، أو أُجْرَةً في إجارة ـ جاز أن يَكُونَ صَدَاقًا.

وقال مالك، وأبو حنيفة ـ رضي الله عنهما ـ: يقدر أَقلُّه بِنِصَابِ السَّرقة، غير أن عند مالك نِصَابَ السَّرِقَةِ ثلاثةُ دراهم، وعند أبي حنيفة: عشرةُ دَرَاهِمَ.

ولو سَمَّىٰ أَقَلَّ من عشرةٍ، فيكمل عشرة دراهم.

وعند أبي حنيفة، وزفر: يجب مَهْرُ الْمِثْلِ. والدليلُ على أنه لا يتقدر: مَا رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قَالَ: «أَدُّوا الْعَلاَئِقَ» قِيلَ: وَمَا الْعَلاَئِقُ يَا رَسُولَ اللهِ؟ قَالَ: [مَا تَرَاضَىٰ][1] بِهِ الأَهْلُونَ»[2].

وَقَالَ ـ ﷺ ـ: «مَنِ اسْتَحَلَّ بِدِرْهَمَيْنِ فَقَدِ اسْتَحَلَّ»[3]. يعني: طَلَبَ الْحَلاَلَ.

ويستحب ألاَّ ينقص الصَّداق عن العشرة، وألاَّ يغالي فيه اقتداءً بالنبي ﷺ[4].

= فذهب المالكية، والظاهرية إلى القول بفساد النكاح في هذه الحالة أيضًا.

وذهب الجمهور إلى القول بصحة النكاح، وفساد الصداق. وإن اختلفوا فيما بينهم، هل يجب مهر المثل في هذه الحالة أيضًا. أو الواجب القيمة. فذهب الحنفية، والحنابلة إلى القول بوجوب مَهْرِ المثلِ. وهو قولٌ للشافعية. وفي قول آخر عند الشافعية: أن الواجب القيمةُ بتقدير الخمر مثلاً خلاً أو عصيرًا، أو عند من يرى للخمر قيمة.

وقد استدل المالكية ومن معهم. بأن هذا النكاح جعل فيه الصداق محرمًا، فأشبه نكاح الشغار ـ ولكن يرد هذا بأن نكاح الشِّغار إنما فسد، لأنه جعل فيه البضع في مقابلة البضع، بخلاف ما إذا سميا ما لا يحل تملكه.

واستدل الجمهور على الصحة بما يأتي.

أولاً: قالوا: إن صحة النكاح لا تتوقف على التسمية رأسًا، فعدم التسمية إذا لم يمنع صحة النكاح، ففسادها أولى أن لا يمنعه.

ثانيًا: ـ قالوا: إن تسمية ما ليس بمال ليس شرط فاسد، والنكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ـ يتبين لنا من الأدلة رجحانُ مذهب الجمهور وهو صحة النكاح، سواء اشتراطا إسقاط المهر، أو سميا ما لا يحل تملكه. وأن الواجب في كل مهر المثل. ولا يصح القول بوجوب القيمة إذا سميا ما لا يحل تملكه، كما هو قولٌ عند الشافعية؛ لأن لا عبرة بقصد، ما لا قيمة له. وذلك التقدير لا ضرورة له مع سهولة الرجوع إلى البدل الشرعي وهو مهل المثل.

(١) في أ: ما يرضى.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٤٤) رقم (١٠) والبيهقي (٧/ ٢٣٩) من حديث ابن عباس.

(٣) أخرجه البيهقي (٧/ ٢٣٨).

(٤) مقدار الصداق لم يحفل الشارع ببيانه بل جعله منوطًا بحال الزوجين، وقدرة الزوج؛ لأن المعنى فيه تنبيه الزَّوج من أول الأمر إلى ما يجب عليه من الإنفاق وتنبيه الزوجة إلى ما يجب لها من الحق على الرجل، لتؤديَ له حقه الذي فرضه الله عليها من الطاعة وقصر نفسها عليه، وهذا التنبيه يحصل بالقليل والكثير، =

. . . .

= هذا وقد اختلف الأئمة في الحد الأدنى للمهر، فذهب أو حنيفة ومالك ـ رضي الله عنهما ـ إلى ضرورة تحديد فحده أبو حنيفة بعشرة دراهم، والدرهم يساوي بالعملة المصرية الآن أربعة قروش صاغًا تقريبًا، فيكون أقل الصداق عنده أربعين قرشًا صاغًا. وحده مالك بثلاثة دراهم.

وقال الشافعي وأحمد لا حد لأقله بل يكفي أن يبذل الزوج أي شيء له قيمة ولو ملء كفه برًا أو أرزًا.

استدل الحنفية بحديث لا مهر أقل من عشرة دراهم رواه ابن أبي حاتم بإسناد حسن.

واستدل الإمام مالك بالقياس فقال أقل نصاب يوجب قطع يد السارق ثلاثة دراهم فضة أو ربع دينار من ذهب فقاس الصداق عليه، لكن أصحابه لم يرتضوا هذا القياس؛ لأنه يخالف نص الحديث، وهو ما تأباه قواعد المذهب، والقياس بهذه الحالة لا يقول به مالك، حتى قال له بعضهم: إنك سلكت في ذلك سبيل أهل العراق، وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيَّةُ بِقَوْلِهِ ﷺ لِلْرَّجُلِ الَّذِي قَالَ لَهُ زَوِّجْنِي الْمَرْأَةَ الَّتِي وَهَبَتَ نَفْسَهَا والْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ» ليكون صداقًا، والخاتم الحديد لا يساوي ما قاله الحنفية، والمالكية أجاب الحنفية: بأن هذا الحديث صحيح لكن يحمل على مقدم الصداق الذي ينبغي دفعه فورًا، وأما الحد الأدنى للصداق مقدمًا ومؤخرًا فهو عشرة دراهم، كما في حديث ابن أبي حاتم.

وحديث ابن أبي حاتم رواه البيهقي بسند ضعيف فلم يأخذوا به الشافعية لكن إنما تم ما ذكره ابن حجر من أن ابن أبي حاتم رواه بسند حسن كان الدليل واضحًا.

واستدل الحنابلة بما رواه أحمد وابن ماجة والترمذي وصححه عن عامر بن ربيعة أن امرأة من فزارة تزوجب على نعلين ـ فقال رَسُولَ الله ﷺ «أَرَضِيْتِ مِنْ مَالِكِ وَنَفْسِكِ بِنَعْلَيْنِ» قالت: «نعم فَأَجَازَهُ» وقد يقال: إن النعلين قد يساويان ثلاثة دراهم على الأقل، كما هو رأي السادة المالكية هذا ومن احتياط الأئمة، وعدم تعصبهم لآرائهم الاجتهادية الحنابلة، والشافعية، والمالكية قالوا يسن أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم مراعاة للحنفية الذين قالوا ذلك احتياطًا.

وبعد: فهل قلة الصداق مشروعة. والمغالاة فيه غير جائزة ابتداءً؟ والجواب: أن الشافعية، والحنابلة قالوا: إن المغالاة في المهور غير جائزة ابتداءً، فيسن للناس أن لا يزيدوا في المهور على خمسمائة درهم أو ثلاثة عشر جنيهًا ونصف جنيه تقريبًا للاتباع.

وأما الحنفية والمالكية فقالوا: لا حد لأكثر الصداق، بل هو منهم بأمرين قدرة الرجل المالية، وحالة المرأة، وما يليق بها فلا يكره أن يمهرها بما يحب.

استدل الشافعية والحنابلة على رأيهم بما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وصححه من قول عمر رضي الله عنه «لاَ تَغْلُوا في صداق الحرة فَإِنَّهُمَا لَوْ كَانَتْ مَكْرُمَةً في الدُّنْيَا أو تقوى في الآخرة كان أولاكم بها رسول الله ﷺ وقد روى مسلم عن عائشة أن صداق النبي ﷺ على أزواجه خمسمائة درهم وهو القدر المذكور».

أجاب الحنفية والمالكية بأن قول عمر لا ينفي إلاَّ الغلو في الصداق، والمبالغة فيه إلى الحد الذي يضايق الزوج، أو يعجزه، وقد اتفق أن الصداق في عهد رسول الله ـ ﷺ ـ كان المناسب فيه القدر الذي ذكره مسلم عن عائشة، وليس فيه أي تحديد للصداق.

والمغالاة في المهور إذا ترتب عليها مضايقة الأكفاء، وانصرافهم عن الزواج، أو عجزهم عن دفع المهر أو ترتب على ذلك بوار النساء، وتعريض الشباب والشابات للخنا، والفساد أو نقص النسل =

رُوِيَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ: سَأَلْتُ عَائِشَةَ ـ رَضِيَ الله عَنْهَا ـ كَمْ كَانَ صَدَاقُ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ؟ قَالَتْ: كَانَ صَدَاقُهُ لِأَزْوَاجِهِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ أُوقِيَّةً وَنَشًّا. قَالَتْ أَتَدْرِي مَا النَّشُّ؟ قُلْتُ: لاَ. قَالَتْ: نِصْفُ أُوقِيَّةٍ[1].

وقال عُمَرَ بْنُ الْخَطَّابِ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ «أَلاَ لاَ تُغَالُوا في صَدُقَاتِ النِّسَاءِ؛ فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَكْرَمَةً فِي الدُّنْيَا وَتَقْوَىٰ لله، لَكَانَ أَوْلاَكُمْ بِهَا النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ مَا عَلِمْتُ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ نَكَحَ شَيْئًا مِنْ نِسَائِهِ، وَلاَ أَنْكَحَ نِسَاءً مِنْ بَنَاتِهِ عَلَىٰ أَكْثَرِ مِنْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ أُوقِيَّةً»[2].

ولو تزوج وسَمَّى مالاً كثيرًا معلومًا لزم؛ لقوله تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلاَ تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠]. قيل: القنطار: ملء مَسْك ثَوْرٍ ذَهَبًا.

ولو سَمَّىٰ حبةَ حِنْطَةٍ أو ثَمَرَةً حيث لا تكون لها قيمةٌ، أو شيئًا لا يتمول ـ يجب مَهْرُ الْمِثْلِ، فإن سَمَّىٰ ثمرةً لها قيمةٌ لا يَجِبُ غَيْرُهَا.

إذا قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي بألف، فقال: قبلت بخمسمائة ـ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

وقال الشيخ ـ رحمه الله ـ: وجب ألاَّ يصحَّ النِّكَاحُ لاختلافِ الإيجابِ وَالْقَبُولِ.

= وانقراض الرجال العاملين في الأمة، وغير ذلك من المفاسد التي تؤذي المجتمع، وتقوض دعائم العمران، فإنها تكون محرمة بالإجماع إذ من الواجب على المسلمين أن يقاوموا المفاسد التي تترك آثارًا سيئة تؤذي الأفراد والجماعات، ولعل هذا هو السر في نهي سيدنا عمر رضي الله عنه أراد أن يحدد أكثر الصداق في عهده كي لا يتنافس الناس في المغالاة فيضعوا بذلك العوائق التي تمنع عن الزواج لكنه لم يستطع إلى ذلك سبيلاً فقد احتجت عليه المرأة بقوله تعالى ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلاَ تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ فإن ظاهر الآية أنه يجوز للرجل أن يعطي مهرًا ما يشاء ولو كان قنطارًا من الذهب، فامتنع عمر، وعدل عن رأيه: والآية ليست نصًا، فإن معناها لا يجوز للرجال أن يأخذوا من المهور التي فرضوها لأزواجهم شيئًا بعد الدخول بهن، مهما كانت كثيرة.

لكن إذا كانت كثرة المهر ترتب عليها ما نرى، وما نسمع من مفاسد ورذائل كان تسهيل أمر الزواج الذي يقضي على فوضى الأخلاق واجبًا دينيًا فإن الدين الإسلامي مبني على جلب المصلحة، ودرء المفسدة، فيجب على أولياء النساء مراعاة المصلحة عَمَلاً بقوله ﷺ، «إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَونَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ» الحديث، وفي الأثر «مَنْ زَوَّجَ كَرِيمَتَهُ مِنْ فَاسِقٍ فَقَدْ قَطَعَ رَحِمَهَا».

ويجب على الرجال مراعاة الدين. وعدم التطلع لما اعتداه الناس من المبالغة في أمر الجهاز والتفنن في الزخارف الكاذبة التي لا تلبث أن تذهب سُدَى وبذلك يسعد الجميع.

ينظر نص كلام شيخنا محمد جوهر في مهر الزواج.

(١) أخرجه مسلم (٩/ ٣٠٦ ـ نووي) كتاب النكاح باب الصداق حديث (١٤٢٦).
واستدركه الحاكم (٢/ ١٨١) فوهم.

(٢) أخرجه البيهقي [٧/ ٢٣٤].

فَصْلٌ فِي أَنَّهُ هَلْ تَصِحُّ الْمَنْفَعَةُ صَدَاقًا؟

قَالَ الله تَعَالَىٰ إخبارًا عن شُعَيْبٍ قال: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]. فشرع من قبلنا يلزمنا إذا لم يرد به النَّسخ.

كُلُّ عملٍ جَازَ عقدُ الإجارةِ عليه ـ جاز أن يجعل صداقًا؛ مثل: الخدمة، والبناء، والخياطة، وتعليم القرآن، والحرفة.

وعند أبي حنيفة: منفعةُ الحرِّ لا تجوزُ أن تُجْعَلَ صَدَاقًا، ومنفعة العبد تَجُوزُ، وفعل شعيب حُجَّةٌ على جوازه.

وكذلك عنده لا يجوزُ أن يجعل تعليم القرآن صداقًا، والدليلُ على جوازه: ما روي عن سهل بن سعد؛ أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلاً فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ. قَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تَصْدُقُهَا إِيَّاهُ؟» فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلاَّ إِزَارِي هَذَا. فَقَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لاَ إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ». فالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ؟» قَالَ: نَعَمْ سُورَةُ كَذَا، وَسُورَةُ كَذَا سُورٌ سَمَّاهَا. قَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»[1].

وفي رواية «زَوَّجْتُكَهَا فَعَلِّمْهَا». ففيه دَلِيلٌ على جواز أن يتزوج على القليل التَّافه من المال؛ فإن خاتم الحديد لا قيمة له إلا الشيء القليل، ودليلٌ على جَوَازِ أن يُجْعَلَ القرآنُ صَدَاقًا.

فإن نَكَحَها على تعليمِ القرآنِ، أو على تَعْلِيمِ سورةٍ عينها ـ جاز، وَلَزِمَهُ التعليم.

وإن سَمَّىٰ آيةً لا يلحقه كُلْفة في تعليمها؛ كقوله: ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾ [المدثر: ٢١] ونحوه ـ يجب مهر المثل؛ لأنه تعليمَه لا يتقومُ؛ كما لو نَكَحَ على حبةِ حِنْطَةٍ.

ولو شَرَطَ على تعليم آيةٍ أو سورةٍ ولم يبين ـ يجبُ مَهْرُ المثل، وإن زوجها على أن يُعَلِّمَهَا سورة بعينها، وبيَّن أنَّهُ يعلمها بحرف ابن كثير، أو أبي عمرو ـ جاز، وإن أطلق ولم يبين ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن هذه الحروفَ يَنُوبُ بعضُها عن بَعْضٍ؛ فله أن يُعَلِّمَهَا بأَيِّ حرفٍ شَاءَ مما تجوزُ قراءتُه؛ كما لو نَكَحَهَا على قَفِيزٍ من صُبْرَةٍ يكالُ بأيِّ قفيزٍ شَاءَ إذا كَانَ لاَ يَتَفَاوَتُ.

---

(١) تقدم.

والثاني: المسمَّى فاسدٌ، ويجب مهر المثل؛ لأن الحروفَ مختلفةٌ بعضها يكون أصعبَ وَأَشَقَّ من بعضٍ؛ كما لو سَمَّى آيةً ولم يبين الخلاف الصُّبْرَةِ؛ فإنها مُتَسَاوِيَةُ الأجزاءِ.

ولو تَزَوَّجَهَا على تَعْلِيمِ سورةٍ، والزوجُ لاَ يُحْسِنُهَا ـ نظر؛ إن تَزَوَّجَ على أن يَحْصُلَ لها تعليمُها ـ يصح؛ لأنه عَمَلٌ جعلته في ذمته، فيأمر غيره بتعليمها، وإن تَعَلَّمَ بنفسه ثم عَلَّمَهَا ـ جاز.

ولو تَزَوَّجَهَا على أن يُعَلِّمَهَا بنفسه ـ لم يجز، ويجب مهرُ الْمِثْلِ؛ كما لو تَزَوَّجَ على منفعةَ عَبْدٍ بعينه وهو لا يملكُه.

ولو شرط التَّأْجِيلَ ليتعلم، ثم يُعَلِّمَهَا ـ لم يجز؛ لأنها استحقَّت من عينه، والعين لاَ تَقْبَلُ التَّأجيل، وهو بخلافِ ما لو تَزَوَّجَ امرأةً على ألف درهم، وهو لا يملكُ شيئًا ـ يصح؛ لأن الصَّدَاقَ هناك يَكُونُ في ذمته؛ فيصح، وإن لم يَمْلِكْهُ.

ولو تَزَوَّجَهَا عَلَى أن يُعَلِّمَهَا سورةً، ثم جاءت بغيرِها من ابنٍ أو غُلَامٍ، وقالت: عَلِّمْهُ هل يُجْبَرُ عليه؟ فيه وَجْهَانِ:

أصحهُّما: لا يُجبرُ؛ لأن النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ في التَّعليم، ولأنه شرط إيقاع العمل في عَيْنٍ بعينها، فلا يجبرُ على إِيقاعِهِ في غيرها؛ كما لَوْ تَزَوَّجَ على خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بعينه، فلا يجبرُ على خِيَاطَةِ غَيْرِهِ.

والثَّاني: يجبرُ لأنها استحقَّت استيفاءَ منفعته، فإن شاءت اسْتَوْفَتْ بِنَفْسِهَا، وإن شَاءَتْ بِغَيْرِهَا؛ كما لو اكْتَرَىٰ دابةً لِلرُّكُوبِ، فإن شَاءَ رَكِبَ بنفسه، وإن شَاءَ أَرْكَبَ غَيْرَهُ.

وإن أَرَادَ الزَّوجُ أن يأمر غيرَه بتعليمها ـ نظر؛ إن كَانَ التَّعْلِيمُ في ذِمَّتِهِ جَازَ، وإن كَانَ عَلَىٰ عينه لم يَجُزْ.

ولو تَزَوَّجَا على تَعْلِيمِ غيرِها من ابنٍ أو غلام ـ لم يجز؛ كما لو شَرَطَ الصَّدَاقَ لغيرها.

قال الشَّيخ ـ رحمه الله ـ: إن افْتَرَضَ عليها تَعْلِيمَ الولدِ، أو خِتَانَ الولدِ، أو خِتَانَ الْعَبْدِ، فَشَرَطَتْ عليه ـ جاز، وإن تَزَوَّجَهَا على تَعْلِيمِ سورةٍ، فتعذَّر التعليم؛ بأن تَعَلَّمَتِ المرأةُ من غيره، أو كانت بليدةً لا تتعلَّم، أو يَحْتَاجُ الزَّوْجُ إلى أن يَصْرِفَ جميعَ أَوْقَاتِهِ في تعليمها، أو مَاتَ أَحَدُهُمَا ـ فقد سَقَطَ التَّعليم، فَمَاذَا يجب على الزَّوجِ؟ فيه قولان؛ كما لو تلف الصَّدَاقُ قبل الْقَبْضِ:

أصحهما ـ وهو قوله في الجديد، واختيار المزني: يَجِبُ عليه مَهْرُ الْمِثْلِ:

والثاني: وهو قولهُ القديم: يجب عليه أجرةُ مِثْلِ التَّعليم، وإن عَلَّمَهَا فَنَسِيَتْ بعده لاَ شَيْءَ عليه؛ كما لو تلفت عَيْنُ الصَّدَاقِ في يَدِهَا بعد الْقَبْضِ.

وإن كَانَتْ سَرِيعَةَ الْحِفْظِ والنِّسيان، وكلَّما علَّمها حَفِظَتْ ونسيت في الحال ـ نظر إن لَقَّنَها دون آيَةٍ فَنَسِيَتْ لا يَعتدُّ بذلك؛ لأنه لا يعدُّ تعليمًا إنما هو تذكيرٌ.

وكم يُشْتَرَطُ أن يعلِّمها حتى تَخْرُجَ عن عُهْدَةِ التَّعليم، ولو نَسِيَتْ بعده لا تجبُ الإعادةُ؟ ـ فيه وجهان:

أحدهما: آية، فإذا علَّمها آيةً فَنَسِيَتْهَا يعتدُّ بذلك، ولا تجب عليه إعادةُ التَّعليم.

والثَّاني: سورةٌ وما دونها لا يعدُّ تعليمًا في الْعَادَةِ.

ولو تَزَوَّجَ كتابيةً على أن يُعَلِّمَهَا سورةً من القرآن ـ نظر؛ إن كان يَتَوَسَّمَ منها أمرَ[1] الإسلام يَجُوزُ، وإن كان يَرَىٰ ذلك أنها تتعلَّم للمباهاةِ، فلا يجوزُ، ويجب مَهْرُ الْمِثْلِ.

ولو تَزَوَّجَ مسلمٌ مسلمةً أو كِتَابِيَّةً على أن يُعَلِّمَهَا التوراةَ والإنجيلَ ـ لا يجوز، ويجبُ مَهْرُ المثلِ؛ لأن الَّذي في أيديهم مُبَدَّلٌ لا يجوزُ تَعْلِيمُهُ.

ولو تَزَوَّجَ كَافِرٌ كافرةً على أن يُعَلِّمَهَا التَّوْرَاةَ ثم أَسْلَمَا، أو تَرَافَعَا إلينا بعد التَّعْلِيمِ ـ لا نوجب شيئًا آخر، وإن كان قبل التَّعليم نُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ، ولو تَزَوَّجَهَا على تَعْلِيمِ شِعْرٍ أو حكاية.

فإن كان مباحًا جَازَ[2] ولزم، وإن كان مَحْظُورًا من هَجْوٍ أو فُحْشٍ، أو على تَعْلِيمِ الْغِنَاءِ ـ لا يجوز، ويجبُ مهرُ الْمِثْلِ.

ولو تَزَوَّجَ كتابيةً على تَلْقِينِ الشَّهادة، أو امرأةً على أَدَاءِ شَهَادَةٍ لها عليه لم يَجُزْ؛ لأنه فَرْضٌ عليه، ويجبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

وإن تَزَوَّجَهَا على أن يُعَلِّمَهَا الْفَاتِحَةَ ـ نظر؛ إن لم يَكُنْ متعينًا عليه ـ جاز، وإن كان مُتَعَيِّنًا عليه، ففيه وَجْهَانِ؛ كالإجارة عليه.

وإن تَزَوَّجَهَا على تَعْلِيمِ سُورةٍ، ثم طَلَّقَهَا ـ لا يخلو؛ إما أن طَلَّقَهَا بعد التَّعْلِيمِ أو قَبْلَهُ، فإن طَلَّقَهَا بعد التَّعليم نظر؛ إن كان بعد الدُّخُولِ فقد أَوْفَاهَا حقَّهَا، وإن كان قَبْلَ الدُّخولِ يَرْجِعُ الزوجُ عليها بنصفِ أجرةِ التَّعليم؛ كما لو أَصْدَقَهَا عَيْنًا فَهَلَكَتْ في يَدِهَا، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ يرجعُ بنصفِ قِيمَةِ الْعَيْنِ؛ لأن الصَّدَاقَ في يَدِهَا مَضْمُونٌ ضمانَ الْيَدِ، وإن طلَّقها قَبْلَ التَّعْلِيم، فإنه يُعَلِّمُهَا بعد الطَّلَاقِ جميعه إن كان بعد الدُّخُولِ، ونصفه إن كان قبل الدخول.

ويعلمها من وَرَاءِ حِجَابٍ من غير أن يَخْلُو بِهَا.

---

(١) في أ: أثر.

(٢) سقط في أ.

وقيل: لا يجوزُ تعليمُها لخوفِ الْفِتْنَةِ فإن قلنا: لا يجوزُ التَّعْلِيمُ، أو تَعَذَّرَ التعليمُ، فماذا يَجِبُ على الزَّوْجِ؟ فيه قولان كما ذكرنا:

أصحهما: عليه مَهْرُ المثل جَمِيعُهُ إن كان بَعْدَ الدُّخُولِ، وَنِصْفُهُ إن كَانَ قَبْلَهُ.

والثاني: عليه أجرُ مِثْلِ التَّعْلِيمِ إن كان بَعْدَ الدُّخُولِ، وإن كان قبله فَنِصْفُهُ.

وإن نكَحَهَا على أن يَرُدَّ عَبْدَهَا الآبِقَ، أو جَمَلَهَا الشَّارِدَ من مَوْضِعٍ معلومٍ ـ يجوز، ويلزم رَدُّهُ. وإن كان الموضعُ مجهولاً يَجِبُ مَهْرُ المثلِ، بخلاف الجعالة تجوز مع جَهَالَةِ الْمَوْضِعِ؛ لأنه عَقْدٌ جَائِزٌ.

ثم إن طَلَّقَهَا بَعْدَ الرَّدِّ قبل الدُّخُولِ يَسْتَرِدُّ منها نِصْفَ أُجْرِ مثلِ الرَّدِّ.

وإن طَلَّقَهَا قَبْلَ الرَّدِّ، فإن كان بعد الدُّخُولِ يَجِبُ عليه رَدُّهُ، وإن كان قَبْلَ الدُّخُولِ يردُّه إلى نِصْفِ الطَّرِيقِ.

وإن تَعَذَّرَ الردُّ بأن مَاتَ العبدُ، أو رَجَعَ بنفسه، فماذا يَجِبُ على الزَّوْجِ؟ فيه قولان:

أصحُهما: مَهْرُ الْمِثْلِ:

والثاني: أَجْرُ مِثْلِ الرَّدِّ.

ولو تَزَوَّجَهَا على خياطةِ ثَوْبٍ معلومٍ ـ جاز، إن كان يُحْسِنُ الْخِيَاطَةَ، وإن كان لا يُحْسِنُ الْخِيَاطَةَ فلا يجوز، ويجبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، إلا أن تلزمَ ذمته الخياطة، فيصحُّ له أن يَأْمَرَ الْغَيْرَ بِالْخِيَاطَةِ، وكذلك إن كان يُحْسِنُ الْخِيَاطَةَ، فله أن يَأْمَرَ الغير إذا كان في الذِّمَّةِ.

وإن تَعَذَّرَتِ الخياطةُ معه؛ بأن مات أو شُلَّتْ يدُه ـ نظر إن كان تَزَوَّجَهَا على تَحْصِيلِ الْخِيَاطَةِ فلا تسقطُ الخياطةُ، ويأمر غيرَه بِالْخِيَاطَةِ.

وإن تَزَوَّجَهَا على أن يخيطَ بنفسه، فقد سَقَطَتِ الخياطةُ، وفيما عليه؟ قولان:

أصحهما: مَهْرُ الْمِثْلِ.

والثاني: أَجْرُ مِثْلِ الْخِيَاطَةِ.

ولو تَلِفَ الثوبُ: اختلف أصحابُنا فيه: فمنهم من قال ها هنا: لم يَتْلَفِ الصَّدَاقُ، ولها أن تَأْتِي بثوبٍ مثله حتى يَخِيطَهُ؛ لأنها استحقت عليه منفعةً، فلها اسْتِيفَاؤُهَا كيف شَاءَتْ؛ كما لو اكْتَرَىٰ دابةً ليركبها، فإن شَاءَ رَكِبَ بِنَفْسِهِ، وإن شاء أَرْكَبَهَا غيره.

ومنهم مَنْ قال ـ وهو الأصحُّ: قد تَلِفَ الصَّدَاقُ، فعلى الزوجِ مَهْرُ الْمِثْلِ في قول، وفي الثاني أجرُ مثل تلك الْخِيَاطَةِ؛ لأن العقدَ انْعَقَدَ على إيقاعِ منفعةٍ في عينٍ، وقد تَلِفَتْ

تلك العينُ؛ كما لو تَلِفَ المستوفى منه؛ فهو كما لو اسْتَأْجَرَ رجلاً لِيَحْصُدَ له زَرْعًا، فتلف الزرعُ، يبطل العقد.

وكذلك في حَالِ بَقَاءِ الثَّوْب، هل لها إبدالُه بثوبٍ آخرَ مثله ليخيطه؟ فيه وجهان.

وهذا بناء على ما لو اسْتَأْجَرَ امرأةً لإرضاعِ وَلَدٍ، فمات الولدُ، فهل له إبدالُه بولدٍ آخَرَ؟ فيه قولان. [وإنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ بعد الخياطة يستردُّ منها نِصْفَ أَجْرِ مثل الْخِيَاطَةِ][(١)].

وإن طَلَّقَهَا قبلَ الْخِيَاطَةِ، نظر إن كان بَعْدَ الدُّخُولِ يَجِبُ عليه الخياطة، وإن كان قبل الدُّخُولِ يَجِبُ عليه أن يَخِيطَ نِصْفَهُ فإن تَعَذَّرَ يجبُ عليه نِصْفُ مهرِ الْمِثْلِ على أصحِّ القولين، وعلى الثاني نِصْفُ أَجْرِ الخياطةِ. والله أعلم بالصواب.

بَابُ صَدَاقِ مَا يَزِيدُ وَيَنْقُصُ

إذا أَصْدَقَ امرأةً شَيْئًا تَمْلِكُ المَرْأَةُ جَمِيعَهُ بالعَقْدِ، ويَسْتَقِرُّ بالدُّخولِ، ولا يَدخُلُ في ضَمانِها ما لم تَقْبَضْ.

وعند مالك: لا تملكُ المَرْأَةُ بالعَقْدِ إلاَّ نِصْفَ الصَّداقِ، فنقول: هو عِوَضٌ بمقابلةِ معوضٍ، فتملك بملك المعوض كالثَّمَنِ الْمَبِيعِ.

والصَّداقُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إلى المرأةِ مَضْمُونٌ على الزَّوْجِ، ويكون ضمانُهُ ضَمَانَ العَقْدِ أو ضَمَانَ الْيَدِ؟ فيه قولان:

أَصَحُّهُمَا ـ وهو قوله الجديد، واختيارُ الْمَزَنِيِّ: ضَمانُهُ ضَمانُ العَقْدِ؛ لأنَّه مملُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ؛ كَالْمَبِيعِ في يَدِ الْبَائِعِ.

وقال في القديم: ضمانُهُ ضمانُ الْيَدِ؛ لأنَّ المَمْلُوكَ [عندنا][(٢)] بِعَقْدِ المُعاوَضَةِ إذا لم يَفْسَخِ العَقْدُ بِتَلَفِهِ في يَدِ العاقِدِ ـ يكون ضمانُهُ ضَمَانَ الْيَدِ؛ كما إذا غَصَبَ البائِعُ المَبِيعَ من المُشْتَرِي بَعْدَ تَسْلِيمِهِ إليه؛ فيكون ضمانُه ضَمانَ الْيَدِ، وكذلك بدل الخَلْعِ في يَدِ المَرْأَةِ قبل تَسْلِيمِهِ إلى الزَّوْجِ، وبدل الصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ في يَدِ المعطي ـ مضمونٌ ضمان العقد، أم ضمان اليد؟ فعلى قولين.

وفائدتُهُ: أنَّه إذا تَلِفَ في يَدِ الزَّوْجِ، أو رَدَّته بِعَيْبٍ بَعْدَ الْقَبْضِ أو قبله ـ، ماذا يَجِبُ على الزَّوجِ؟.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: عينًا.

إن قلنا: ضمانُهُ ضَمانُ العَقْدِ يَجِبُ [عليه][1] مَهْرُ المثلِ، وهو قيمةُ الْبُضْعِ؛ لأَنَّ الْبُضْعَ كالتَّالِفِ، فإنَّ عَقْدَ النِّكاحِ لا يَرْتفعُ فهو كالثَّمَنِ المُتيَّنِ إذا مَلَكَ في يَدِ المشتري بعد قَبْضِ المَبِيعِ[2]، وتلفه ـ يَجِبُ على المُشْتَرِي لِلْبَائِعِ قِيمَةُ المبيعِ التَّالِفِ إنْ كان مُتَقَوِّمًا، ومثله إن كان مِثْلِيًّا لِتَعَذُّرِ المبيعِ.

فإنْ قُلنا: ضمانُهُ ضمانُ الْيَدِ، يجبُ عليه قيمةُ عَيْنِ الصَّدَاقِ إن كان مُتَقَوِّمًا، ومثله إن كان مثلِيًّا، فعلى هذا أَيُّ قيمةٍ تلزمه؟ فيه وَجْهَانِ:

[أَحَدُهُما ـ وهو الأَصَحُّ][3]: أَكْثَر ما كانت من يَوْمِ الإِصْدَاقِ إلى يَوْمِ الْهَلَاكِ؛ كَضَمَانِ الْغَصْبِ.

والثَّاني: تَجِبُ قِيمَتُهُ باعْتِبَارِ يَوْمِ الْهَلَاكِ؛ لأَنَّه غَيْرُ مُتَعَدٍّ في إمْسَاكِهِ.

ولم يختلفِ القَوْلُ في أَنَّ النِّكَاحَ لا يَنْفَسِخُ بهلَاكِهِ؛ لأَنَّه من جُمْلَةِ الزَّوَائِدِ.

أَمَّا إذا تَلِفَ الصَّداقُ في يَدِ الزَّوْجِ بِجِنَايَةِ جانٍ ـ، نظر إن أَتْلَفَتْهُ الْمَرْأَةُ، فقد اسْتَوْفَتْ حَقَّهَا، وإن أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ، يَجِبُ على الأَجْنَبِيِّ قيمَتُهُ، والمَرْأَةُ بالخيارِ؛ إن شَاءَتْ فَسَخَتْ عَقْدَ الصَّدَاقِ، وإنْ شَاءَتْ أَجَازَتْهُ، فإن فَسَخَتْ أَخَذَتْ مَهْرَ الْمِثْلِ مِنَ الزَّوْجِ، إن قلنا: ضمانُهُ ضَمَانُ الْعَقْدِ، وهو المذهبُ.

وإن قلنا: ضَمَانُ يَدٍ أَخَذَتْ قِيمَتَهُ إن كان مُتَقَوِّمًا، أو مثله إن كان مثليًّا، والزَّوجُ يرجعُ على المتلفِ بقيمته أو مثله، فإن لم يُفْسَخِ الصَّداقُ أَخَذَتِ القيمة من المتلفِ، أو المثلِ، وهل يَكُونُ الزَّوْجُ طرِيقًا؟

إن قلنا: ضَمَانُهُ ضَمَانُ عَقْدٍ، فَلَا.

وإن قلنا: ضَمَانُ يَدٍ فَبَلَىٰ، لِلْمَرْأَةِ أَن تَأْخُذَ منه، ثُمَّ هو يَرْجِعُ على المتلفِ.

وإن أَتْلَفَهُ الزَّوْجُ، فهو كما لو تَلِفَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ على ظاهرِ المَذْهَبِ؛ فترجعُ المرأَةُ عليه بِمَهْرِ الْمِثْلِ على أَصَحِّ القولين.

وعلى الثَّاني بِقِيمَتِهِ.

وقيل: إتْلَافُ الزَّوْجِ كَإِتْلَافِ الأَجْنَبِيِّ، أَمَّا إذا تَغَيَّرَ الصَّدَاقُ في يَدِ الزَّوْجِ؛ لا يخلو، إِمَّا إن تَغَيَّرَ بِنُقْصَانٍ أَو زِيادَةٍ، فَإن تَغَيَّرَ بِنُقْصَانٍ، فَلِلْمَرْأَةِ الخَيارُ بين الرَّدِّ والإِجازَةِ.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: أصحهما.

ثُمَّ ذلك النُّقْصانُ لاَ يَخْلُو، إمَّا إن كان نُقْصَانَ جُزْءٍ أَو نُقْصانَ وَصْفٍ، فإن كان نُقْصَانَ جُزْءٍ، مثل أَن أَصْدَقَهَا شَيْئَينِ، فتلف أَحَدُهُمَا، ٱنْفَسَخَ الْعَقْدُ في التَّالِفِ.

والمَذْهَبُ أَنَّه لا يَنْفَسِخُ في القائِمِ، ولها الخَيارُ، فإن فَسَخَتْ في القائِمِ أَخَذَتْ مَهْرَ الْمِثْلِ على قولنا: إنَّ ضَمَانَهُ ضَمَانُ عَقْدٍ، وهو الأَصَحُّ.

وإن قلنا: ضَمانُهُ ضَمَانُ يَدٍ تَأْخُذُ قِيمَةَ الشَّيْئَيْنِ، أَو مثلهما إن كَانَا مِثْلِيَّيْنِ، وإن أَجازَتِ القائِمَ أَخَذَتْ بِحُصَّةِ التَّالِفِ من مَهْرِ الْمِثْلِ على قولنا: إنَّ ضَمَانَهُ ضَمَانَ عَقْدٍ.

وإن قلنا: ضمانُ يَدٍ أَخَذَتْ قِيمَةَ التَّالِفِ.

وإن كان هلاكُ أَحدهما بجنايَةِ جانٍ، فإن كانت بِجِنَايَةِ المَرْأَةِ، فقد ٱسْتَوْفَتْ بقدرِهِ من الصَّدَاقِ، وإن كان بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ، فلها الخَيارُ، فإن فَسَخَتْ في التَّالِفِ أَخَذَتِ القائِمَ، وتُقَدَّرُ قيمَةُ التَّالِفِ من مَهْرِ الْمِثْلِ على الأَصَحِّ.

وعلى القَولِ الآخرِ: قيمته.

وإن أَجَازَتْ تَرْجِعُ على الأَجْنَبِيِّ [بِقَدْر][1] ما أَتْلَفَ إن كان مُتَقَوِّمًا، أَو مثله إن كان مِثْلِيًّا، وإن كانَ بِجِنَايَةِ الزَّوْجِ، فَكَالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ على الأَصَحِّ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في التَّالِفِ.

وإن كان النُّقْصَانُ نُقْصَانَ وَصْفٍ، فإن كان عبدًا فعمى أَو شُلَّتْ يَدُهُ، أَو [كان مُحْتَرِفًا][2] فَنَسِيَ الحِرْفَةَ ـ، فالمَرْأَةُ بالخيارِ: إن شَاءَتْ فَسَخَتِ الصَّدَاقَ، ورجعت بمهرِ الْمِثْلِ على الأَصَحِّ، أَو بِقِيمَتِهِ سَلِيمًا على القولِ الآخرِ.

وإن أَجَازَتْ فإن قُلنا: ضمانُهُ ضمانُ عَقْدٍ، فلا شَيْءَ لها؛ كما لو رَضِيَ المشترِي بعيبِ الْمَبِيعِ لا شيءَ له.

وإن قلنا: ضَمَانُهُ ضَمَانُ يَدٍ، أَخَذَتْ بقدرِ ما ٱنْتَقَصَ من قيمتِهِ.

وكذلك لو ٱطَّلَعَتْ على عَيْبٍ قديمٍ بها ـ فلها الخَيارُ كما بَيَّنَّا.

ولو أَصْدَقَهَا دَارًا فَٱنْهَدَمَتْ في يَدِهِ، فإن لم يَفُتْ شَيْءٌ من النَّقْضِ فهو نُقْصانُ وَصْفٍ، وإن فَاتَ النَّقْضُ أَو ٱحتَرَقَتْ ـ فقد، قيل: هو كَنُقْصانِ الْوَصْفِ؛ كما لو سَقَطَ أَطْرافُ العبدِ، والأَصَحُّ أَنَّه كَنُقْصانِ الجُزْءِ؛ ولأَنَّه يقبل الإِقْرار بالبيعِ، بخلافِ أَطْرَافِ الْعَبْدِ.

وإن حَصَلَ التَّغَيُّرُ بِجِنَايَةِ جانٍ، نظر إن حَصَلَ بجنايةِ المرأَةِ، فقد ٱستَوفَتْ مِنَ الصَّدَاقِ بقَدْرِ ما ٱنْتَقَصَ من قيمَتِهِ؛ فتَأْخُذُ الباقي، ولا خيار لها.

---

(١) في أ: بقيمة.

(٢) سقط في أ.

فإن هَلَكَ في يَدِ الزَّوْجِ بعد جنايتها، فلها بِقَدْرِ ما بَقِيَ من مَهْرِ الْمِثْلِ على الأَصَحِّ، وعلى الثَّاني: بِقِيمَةِ ما بَقِيَ.

وإن حَصَلَ بجنايةِ أَجْنَبِيٍّ، فلها الخيارُ، فإن فَسَخَتِ الصَّداقَ أخذت مَهْرَ الْمِثْلِ من الزَّوْجِ على الأَصَحِّ، وقيمته سَلِيمًا على القول الآخرِ. والزَّوجُ يَرْجِعُ على الْجَانِي بِضَمَانِ الْجِنَايَةِ.

وإن أَجَازَتْ أَخَذَتْ ضَمَانَ الجِنَايَةِ مِنَ الْجَانِي، فهل يكونُ الزَّوْجُ طَرِيقًا فيه؟

إن قلنا: ضَمانُهُ ضَمَانُ عَقْدٍ لا يكون طريقًا، وإن قلنا: ضَمَانُ يَدٍ يَكُونُ طَرِيقًا.

ثُمَّ إن لم يَكُن لتلك الجِنايَةِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، أولها أرش مقدرٌ، ولكنَّه مع أَرْشِ النُّقْصَانِ سواء، أَو كانَ الْمُقَدَّرُ أَكْثَرَ من أَرْشِ النُّقْصانِ ـ، فالمَرْأَةُ ترجعُ على أَيهما شَاءَتْ، ويكونُ على الأَجْنَبِيِّ.

وإن كان المقدارُ أَقَلَّ، رجع به على أَيهما شاءَ، والقرار على الأَجنبيِّ، ويرجع بِالْباقِي إلى كَمَالِ أَرْشِ النُّقْصَانِ على الزَّوْجِ، وإن حَصَلَ بجنايَةِ الزَّوْجِ، فهو كما لو حَصَلَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ على ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، ولا شَيْءَ لها إن أَجَازَتْ على أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وهو أَنَّ ضَمَانَهُ ضَمَانُ عَقْدٍ.

وإن قلنا: [ضَمَانُهُ][1] ضَمَانُ يَدٍ، فَيَجِبُ ضَمَانُ النُّقْصانِ، ثمَّ إن لم يكن لِتِلْكَ الجِنَايَةِ أَرْشٌ ـ يقدر عليه أَرْشُ النُّقْصَانِ.

وإن كان له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ؛ بأَن كان قَطَعَ إِحْدَى يَدَيِ العَبْدِ ـ ، فعليهِ أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ؛ إمَّا نِصْفُ القِيمَةِ، أَو أَرْشُ النُّقْصَانِ.

وقيل: هو كجِنَايَةِ الأَجنبيِّ، ولها الرُّجوعُ على الزَّوْجِ، وإن أَجازَتْ بقدرِ الجنايةِ من مَهْرِ المثلِ، أَو أَرْشِ النُّقْصانِ؛ كما ذَكَرْنا في جِنَايَةِ الأَجْنَبِيِّ.

أَمَّا إذا تَغَيَّرَ الصَّداقُ في يَدِ الزَّوْجِ بالزِّيادَةِ ـ ، نُظِرَ؛ إن كانت الزِّيادَةُ مُتَّصِلَةً كَاللَّبَنِ، والسِّمْنِ، وتَعْلِيمِ الْحِرْفَةِ ـ فهي للمَرْأَةِ، وإن زَالَتْ في يَدِ الزَّوْجِ لا يَجِبُ ضَمَانُهُ إلاَّ على الْوَجْهِ الَّذي يقولُ: إنَّ ضَمَانَهُ في يَدِهِ ضَمانُ الغَصْبِ، فيضمن إن كانَتِ الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً؛ كالولَدِ، واللَّبَنِ، وثَمَرِ الشَّجَرِ، وكسب العبد كلها تكُونُ لِلْمَرْأَةِ؛ لأَنَّها حَدَثَتْ في مِلْكِهَا، ولا تكونُ مَضْمُونَةً على الزَّوْجِ إلاَّ على الوجهِ الَّذي يقولُ: ضَمَانُ الأَصلِ ضَمَانُ الْغَصْبِ.

فإن أتلف الأَصل في يَدِهِ تبقى تِلْكَ الزَّوائِدُ للمرأَةِ، وإن طالَبَتْهُ المرأَةُ بِدَفْعِهَا إليها

---

(1) سقط في أ.

وقيل: إذا قيل: ضَمَانُهُ ضَمَانُ العقدِ، فإذا هَلَكَ الأَصْلُ في يَدِهِ تكونُ الزَّوائدُ للزَّوجِ، وهذا بِناءً على أَنَّ المبيع إذا هَلَكَ في يَدِ البائِعِ بعد حُصُولِ الزَّوائِدِ ـ يرتفعُ العقدُ من حِينِهِ أَمْ من أَصْلِهِ؟:

وفيه وجهان:

أَصَحُّهُمَا: يَرْتَفِعُ من حِينِهِ، وتكونُ الزَّوائِدُ لِلْمُشْتَرِي، كذلك هاهنا تكونُ للمرأَةِ.

والثَّاني: يَرْتَفِعُ من أَصْلِهِ، ويكونُ لِلْبائِعِ، فعلى هذا تَكُونُ الزَّوائِدُ للزَّوْجِ.

ولو ٱستَعْمَلَ الزَّوْجُ عَيْنَ الصَّدَاقِ هل عليه الأُجْرَةُ؟

إن قلنا: ضَمَانُهُ ضمانُ عَقْدٍ لا يَجِبُ على ظاهِرِ المذهبِ، وإن جَعَلْنا جِنَايَتَهُ كجِنَايَةِ الأَجنبيِّ يجب.

وإن قلنا: ضمانُهُ ضَمانُ يَدٍ يجب. ولو ٱمْتَنَعَ من تَسْلِيمِهِ إليها بعد الطَّلَبِ، فإن قلنا: ضَمَانُهُ ضَمانُ عَقْدٍ لا تَظْهَرُ لَهُ فائِدَةٌ، وإن قلنا: ضَمَانُ يَدٍ، فيجب عليه أَجْرُ الْمِثْلِ من وَقْتِ الإِمْتِنَاعِ.

وإن قلنا: تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ بِيَوْمِ التَّلَفِ، يَصِيرُ غَاصِبًا.

فإذا تلفَ تَجِبْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ ما كانت من وَقْتِ الإِمْتِنَاعِ إلى التَّلَفِ.

ولو أَصْدَقَ ٱمْرَأَتَهُ نَخْلَةً، فَأَخَذَ الزَّوجُ ثَمَرَهَا، وجعَلَهَا في قَارُورَةٍ لِنَفْسِهِ، وجَعَلَ عليها صَقْرًا من صَقْرِ تلك النَّخْلَةِ ـ، فلا يَخْلُو؛ إمَّا إن كانت الثَّمَرَةُ صَدَاقًا، أَو لم تكنْ، فإن كانت صَدَاقًا؛ بأَنْ أَصْدَقَهَا [نَخْلَةً][1] مُثْمِرَةً أَو مُطْلِعَةً، نُظِرَ: إن لم تَدْخُلِ الثَّمَرَةَ ولا الصَّقْرَ نَقْصٌ ـ: لا تَأْخُذُهُ المَرْأَةُ، ولا شَيْءَ لها؛ لأَنَّ الزَّوْجَ كَفَاهَا مؤنَةَ الاجْتِنَاءِ.

وإن دَخَلَهُ نَقْصٌ لا يخلو، إمَّا إن كان نُقْصَانَ عَيْنٍ، أَو نُقْصانَ وَصْفٍ.

فإن كان نُقْصانَ عَيْنٍ؛ كأَنَّه صَبَّ عليها مكيلتين من الصَّقْرِ، فَتَشْرَبُ الرَّطبَ إحدى المَكِيلَتَيْنِ، فلا يَجِبُ نُقْصانَ الصَّقْرَينِ بزيَادَةِ قِيمَةِ الرَّطْبِ؛ لأَنَّ الزِّيادَةَ لها، والنُّقْصانَ عليه.

ثُمَّ إن قُلْنا: ضَمَانُهُ ضَمَانُ العَقْدِ، ٱنْفَسَخَ الصَّدَاقُ في قَدْرِ ما ذَهَبَ من الصَّقْرِ إن قلنا: جِنَايته بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وهو الأَصَحُّ، ولا يَنْفَسِخُ في الباقي، وللمرأَةِ الخيارُ، فإن فَسَخَتْ أَخَذَتْ مَهْرِ المِثْلِ من الزَّوْجِ، وإن أَجازَتْ في الباقي أَخَذَتْ بِقَدْرِ ما ذَهَبَ من الصَّقْرِ من مَهْرِ الْمِثْلِ.

وإن قلنا: جِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ الأَجْنَبِيِّ لا يَنفسخُ في شَيْءٍ، ولها الخيارُ، فإن فَسَخَتْ أَخَذَتْ مَهْرَ المِثْلِ، وإن أَجازَتْ أَخَذَتِ النَّخْلَةَ والرَّطْبَ، ومثل الصَّقر الَّذي ذَهَبَ.

---

(١) سقط في أ.

وإن قلنا: ضَمانُهُ ضمانُ يَدٍ، فإن فَسَخَتْ أَخَذَتْ قِيمَةَ النَّخْلَةِ والثَّمَرَةِ، ومثل الصَّقر، لأَنَّه مثليٌّ، وإن كان التَّمْرُ قد جَفَّ فهو أيضًا مثليٌّ، فإن أجازَتْ أَخَذَتِ البَاقِي، ومثل ما أنتقص من الصَّقر.

وإن كان النُّقْصَانُ نُقْصانَ وَصْفٍ؛ بأَن انْتَقَصَتْ قِيمةُ الصَّقْرِ والمُلْكِيَّةُ بحالِها أو تَغَيَّرَ الرَّطْبُ، فلِلْمَرْأَةِ الخيارُ، فإن فسخت أَخذتْ مَهْرَ المثلِ إن قلنا: ضَمانُهُ ضمانَ عَقْدٍ.

وإن قُلنا: [ضَمَانُهُ][1] ضمانُ يَدٍ أَخَذَتْ قِيمةَ النَّخْلَةِ والرَّطْبِ ومثل الصَّقْرِ.

وإن أجازَتْ قلنا: ضَمانُهُ ضمانُ عَقْدٍ، وجنايتُهُ كآفَةٍ سَماوِيَّةٍ لا شَيْءَ لها بِسَبَبِ النُّقْصَانِ، وإن قلنا: كَجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ يجبُ عليه أَرْشُ النُّقْصَانِ.

وإن قلنا: ضَمَانُهُ ضَمانُ يَدٍ، أَخَذَتْ أَرْشَ النُّقْصَانِ.

وإن كان الرَّطْبُ بحيث لو نُزِعَ من القَوارِيرِ لم يَتعَيَّبْ، ولو تُرِكَ يَتَعَيَّب ـ، لها تكْليفه النَّزع، ولا خيارَ لها.

وإن كان بِحَيْثُ لو نُزِعَ تَعَيَّبَ، وبحيث لو تُرِكَ لا يَتَعَيَّب، فلها الخيارُ، ولا يُجْبَرُ الزَّوْجُ على تَرْكِ القَارُورَةِ إليها.

فإن تَبَرَّعَ بِتَرْكِ القارُورَةِ إليها تُجْبَرُ المَرْأَةُ على القبُول إمْضاءَ العَقْدِ، ويَسْقُطُ خِيَارُهَا، ثُمَّ هَلْ تَمْلُكُ المَرْأَةُ القارُورَةَ؟ فيه وَجْهَانِ:

أَحَدُهما: بلى، حتَّى لا يمكنه الرُّجُوعُ فيه، ولو نُزِعَتْ ما فيها لا يَجِبُ عليها رَدُّ القارُورَةِ.

والثَّاني: لا، بل هو قَطْعٌ لِلْخُصُومَةِ حتَّى يَجُوزَ لِلزوْجِ أن يَرْجِعَ، وخيارُها قائِمٌ.

فاإن نَزَعَتْ ما فيها لا يَجِبُ عليها رَدُّ القَارُورَةِ.

وإن كان قد صَبَّ على هذه الثَّمَرَةِ صَقْرًا من عند نَفْسِهِ، فنُقْصانُ الصَّقْرِ لا يُعْتَبَرُ؛ إنَّما يُعْتَبَرُ نُقْصانُ الرُّطْبِ في إِثْباتِ الخيارِ لها.

فإن لم يَدخُلْهُ نَقْصٌ أَخَذَ الزَّوْجُ صقْرَ نَفْسِهِ، والمَرْأَةُ تَأْخُذُ الثَّمَرَةَ، ولا شَيْءَ له فيما تَشْرَبُ الثَّمَرَةُ مِنَ الصَّقْرِ. وإن كان الرطبُ بحيث لو تُرِكَ في الصقر لاَ يَتَعَيَّب، ولو نُزِعَ يَتَعَيَّبُ ـ فلها الخيارُ. فإن تَبَرَّعَ بتركِ الصقر إليها تُجْبَرُ على القبولِ، ويسقطُ خيارُها؛ كما قلنا في القَارُورَةِ.

فأما إذا لم تكُنِ الثمرةُ صَدَاقًا؛ كأنه أصدقها نَخْلَةَ حائلاً فأثمرت ـ فالثمرةُ لها، فإن

---

(١) سقط في أ.

أَخَذَهَا الزوجُ وجعلها في القارورةِ، وجعل عليها من صقر تلكَ النخلةِ شيئًا ـ فهو كمن غَصَبَ ثمرًا وَجَعَلَ عليها صقرًا مغصوبًا؛ فلا خيار للمرأة؛ لأنَّ العيبَ ليس في الصَّدَاقِ.

ثُمَّ إن لم تَنْتَقِصُ الثمرة والصقر أخذته المرأةُ، ولا شيء لها، وإن تَعَيَّبَتْ أخذتها وأرش النُّقْصَانِ.

وإن كان بحيث لو نزع تَعَيَّبَ، ولو ترك لا يتعيَّب، فيتبرع الزوجُ بترك القارورة وردِّها إليها ولا يجبر على القبولِ؛ لأنه لا حَاجَةَ إليه في إِمْضَاءِ الْعَقْدِ.

فَصْــلٌ
فِي حُكْمِ الصَّدَاقِ بَعْدَ الطَّلاَقِ قَبْلَ الُّدخُولِ

قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُم﴾ [البقرة: ٢٣٧].

إذا طَلَّقَ الرجلُ [امرأته][1] قبل الدخول يَعُودُ نِصْفُ الصَّدَاقِ إلى الزَّوْجِ بِنفس الطَّلاق.

وقال أبو إسحاق: لا يعودُ إلا باختيار التملُّك، والمذهبُ الأولُ.

وفائدتُه تتبين فيما لو حَدَثَتْ زيادةٌ في عَيْنِ الصَّدَاقِ بعد الطَّلاق قبل الاختيار ـ يكون نِصْفُهَا للزَّوجِ على ظَاهِرِ المذهبِ.

وعلى قول أبي إسحاق: تكون [كُلُّهَا][1] للمرأةِ؛ كما لو حَدَثَتْ قبل الطَّلاَقِ، وكذلك لو حدث نَقْصٌ بعد الطَّلاَقِ قبل اختيارِ التملُّك أخذ الزوجُ نِصْفَهَا مع أَرْشِ النُّقْصَانِ؛ كما لو حَدَثَ بعد اختيارِ التملُّك على ظَاهِرِ المذهبِ.

وعلى قول أبي إسحاق: هو بالخيار؛ إن شَاءَ أَخَذَ نِصْفَهُ ناقصًا ولا شَيْءَ له، وإن شاء تَرَكَ وأخذ نصف قيمتَهُ صحيحةً؛ كما لو حَدَثَ النَّقْصُ قبل الطَّلاَقِ.

ولا خلاف أن عَوْدَ النصف إليه لا يحتاجُ إلى قَضَاءِ القاضي.

وقول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ «هذا كُلُّهُ مَا لَمْ يَقْضِ له الْقَاضِي» أراد ما لم يعلم سبب عَوْدِ نِصْفِ الصَّدَاقِ إلى مِلْكِ الزَّوْجِ، وهو الطلاقُ على ظَاهِرِ المذهبِ، والطلاق مع

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

اختيارِ التملُّك على قَوْلِ أبِي إسحاقَ، حتى تصيرَ المَرْأَةُ ضامنةَ [منه](١) لما حدث في الصَّدَاقِ من النقص، فعبر بالقضاءِ عن وُجُودِ السَّببِ؛ لأنه أوضحُ وأشهرُ إذا ثبت أن نِصْفَ الصَّدَاقِ يعودُ إلى الزوجِ بالطَّلَاقِ قبل الدخول، فلا يخلو إما إن كَانَتْ عينُ الصداقِ قائمةً أو هَالِكَةً أو متغيرةً.

فإن كانت قائمةً في يَدِ المرأةِ أَخَذَ الزوُج نِصْفَهَا، ونصيبُ الزَّوْجِ يَكُونُ أمانةً في يَدِهَا بعد الطَّلَاقِ، حتى لو هَلَكَ، أو تعيَّب ـ لا يَجِبُ عليها ضَمَانُهُ.

وإن كان الصداقُ دَيْنًا في ذِمَّةِ الزَّوْجِ سَقَطَ بالطَّلَاق نصفُه، وإن كان قد عيَّنه وسلم إليها هل يتعيَّن حَقُّهُ في نصف ما أدى، أم يجوزُ لها أن تؤدي حقَّه من موضعٍ آخَرَ؟:

فيه وجهان: أحدهما: [لها أن](١) تُؤَدِّيَ من موضعٍ آخرَ قَدْرَ نِصْفِهِ؛ لأن العقدَ لم يتعلَّق بعينه.

والثاني: يتعيَّن حَقُّهُ فيه؛ لأنه تَعَيَّنَ بالتَّسليم، وإن كان الصَّدَاقُ عينًا وهي تَالِفَةٌ في يَدِهَا، أو خرج عن مِلْكِهَا بإعتاقٍ، أو بيعٍ، أو هبة أو تسليم، [أو وقفته](٣) أو كان عبدًا فكَاتَبَتْهُ؛ فلا يبطلُ ذلك العقدُ، والزوجُ يرجعُ بِنِصْفِ مثله إن كان مِثْلِيًا، أو نصف قيمته [إن كان متقومًا](٤) أقل ما كانت قيمتُه من يوم الإصْدَاقِ إلى يَوْمِ التَّسْلِيمِ إليها؛ لأن قيمتَه إن كانت يَوْمَ الإصداق أقلّ فزادت، فتلك الزيادة للمرأةِ لحدوثها على مِلْكِهَا، فليس لِلزَّوْجِ أن يَرْجِعَ في نِصْفِهَا.

وإن كانت قيمتُها يوم الإصداق أكثر، فانتقصت؛ فذلك النُّقْصَانُ حَصَلَ في ضَمَانِهِ؛ فلا رُجُوعَ له بما هو مَضْمُونٌ عليه، وإن كان قد خَرَجَ عن مِلْكِهَا، ثم عَادَ إليها، ثم طَلَّقَهَا الزوُج قبل الدخول ـ يَتَعَيَّنُ في حَقِّهِ نِصْفُهُ، وفيه وَجْهَانِ:

أصحُّهما ـ وهو المذهبُ: يتعيَّن؛ لأنه وجد عين الصَّدَاقِ.

وقيل: يأخذُ نِصْفَ قِيمَتِهِ؛ لأنه ملكته مِنْ غيره. والأولُ أصح، بخلاف ما لو وَهَبَ لِوَلَدِهِ شيئًا، فخرج عن مِلْكِهِ، ثم عاد إليه ـ لا رُجُوعَ للأبِ على الأصحِّ من الوجهين؛ لأن حَقَّ الرجوع لِلأب مختصٌّ بِالْعَيْنِ؛ بدليل أنها لو هَلَكَتْ لا يرجعُ في قيمتها، فبخروج العينِ عن مِلْكِ الابن سَقَطَ حَقُّهُ وحقُّ الزوج بِتَلَفِ الْعَيْنِ؛ فلا يبطلُ حتى يَرْجِعَ بالقيمةِ، فبخروج العينِ عن الملك لا يبطل حَقُّهُ عن الْعَيْنِ إذا عَادَ إليها.

أما إذا طَلَّقَهَا قبل أن عاد إلى مِلْكِهَا، ثم عَادَ إلى مِلْكِهَا قبل أخذ القيمة، فحقه [في

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

القيمة][1] وإن كانت قد أَوْصَتْ به أو وهبته، ولم تقبض أو رَهَنَتْهُ ولم تسلم ـ فللزوج الرجوعُ في نِصْفِهِ.

وإن كانت قد أَجَّرَتْهُ، أو كانت أمةً، فهو نِصْفَانِ، فإن شَاءَ الزوجُ أخذ نِصْفَهُ مسلوبَ المنفعةِ، وإن شاء أَخَذَ نِصْفَ القيمةِ.

وإن كان الصَّدَاقُ قائمًا عندها، إلا أنه قد تَغَيَّرَ ـ لا يخلو إما أن تَغَيَّرَ بزيادةٍ أو بِنُقْصَانٍ، أو بِهِمَا جَمِيعًا.

فإن تَغَيَّرَ بزيادةٍ نُظر إن كَانَتِ الزِّيَادةُ منفصلةً، كالولد، والكسب، [وثمرِ الشَّجرة][2] ونحوها ـ تبقى كُلُّهَا للمرأةِ، سواء حَصَلَتْ في يَدِهِ أو في يَدِهَا قبل الطَّلَاقِ، والزوج يأخذ نِصْفَ الأَصْلِ، وإن كانت الزيادةُ متصلةً، [كالسِّمن][3] والكبر، [وتعلم القرآن][4]، والحرفة، أو كانت جاريةً عَمْيَا، [الأصلِ][5]، فأبصرتْ قَبْلَ التَّسْلِيم أو بَعْدَهُ.

فإن تَبَرَّعَتِ المرأةُ بتسليم نِصْفِهِ إليه، فليس للزَّوْجِ إلاَّ ذلك، وَإِنْ لم تَتَبَرَّعْ لا تُجبر المرأةُ عليه، وللزوج نِصْفُ قيمتها أقل ما كانت من يوم الإِصْدَاقِ إلى وَقْتِ التَّسْلِيمِ، وهذا بخلافِ ما لو أَفْلَسَ المشترِي بالثَّمن رَجَعَ البائعُ على المبيعِ بزيادتِه المتصلَةِ.

وكذلك يرجعُ في هِبَة [الولد][6] زائدًا؛ لأن الفسخَ في هذه الْمَوَاضِعِ يستندُ إلى أَصْلِ العقدِ، فيصير كأن هذه الزَّوائد حَصَلَتْ في مِلْكِ الْبَائِعِ والواهبِ، وفي الطلاق يحصُل الملكُ لِلزَّوْجِ ابتداءً في نِصْفِ ما كان أَصْدَقَهَا؛ لأن الطلاق ليس بفسخ، لكنه تَصَرُّفٌ في الملكِ، وقطع له في الحال كالعتق في مِلْكِ اليمينِ، فلم يكن لِلزَّوْجِ أخذ شيء من الزَّوَائِدِ التي حَصَلَتْ عِنْدَهَا.

ولو فَسَخَ أَحَدُ الزَّوجين النِّكَاحَ بعيبٍ وُجِدَ بِصَاحِبِهِ قبل الدُّخول ـ أَخَذَ الزوجُ عين الصَّدَاقِ بزيادتها المتصلة؛ كما لو فَسَخَ البيعَ بالعيبِ أَخَذَ البائعُ المبيعَ زائدًا، وفي الردة قبل الدخول يَأْخُذُ الزَّوج نِصْفَ الصَّدَاقِ في رِدَّتِهِ، وجميع الصَّداق في رِدَّتِهَا.

فإن كانت زائدةً، فلا حَقَّ له في الزِّيادة إلا بِرِضَاهَا؛ كما في الطَّلَاقَ، فإن لم ترض رجع بالقيمة، فإن كان التَّغيير بالنُّقْصَانِ نظر؛ لا يخلو إما أن كَانَ النقصانُ نقصانَ عينٍ، أو نُقْصَانَ وَصْفٍ.

فإن كان نقصانَ عَيْنٍ، مثل أن أَصْدَقَهَا عينين، فتلفت إحداهما، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فَالزَّوْجُ بماذا يَرْجِعُ عليها؟ فيه قَوْلَانِ:

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: الابن.

أحدهما ـ وهو الأصحُّ: يرجعُ بنصف العينِ القائمةِ، ونصف قيمة التَّالفة.

والثاني: يَأْخُذُ القائمةَ بِحَقِّهِ إن كانت قيمتُها سواء؛ مثل إن كانا عَبْدَيْنِ قيمتُهما سَوَاءٌ، فهلك أحُدهما، أخذ القائمُ بِحَقِّهِ.

وفيه قولٌ آخرُ: أنه بالخيار إن شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ القائمةِ ونصف قيمة التَّالِفَةِ، وإن شَاءَ ترك الْعَيْنَ، وأخذ نِصْفَ قِيمَةِ الْعَبْدَيْنِ أقل ما كانت من يومِ الإِصْدَاقِ إلى يَوْمِ التَّسْلِيمِ.

فأما إذا كان النُّقْصَانُ نقصانَ وصف؛ مثل الْعَمَىٰ، والعور، ونسيان الْحِرْفَةِ وغيرها ـ نظر إن حَدَثَ في يَدِهِ، فحقُّه في نِصْفِهِ ناقصًا، وللمرأةِ الخيارُ في نَصِيبِهَا، وإن حَدَثَتْ في يَدِهَا فالزوجُ بالخيارِ؛ إن شَاءَ أخذ نِصْفَهُ ناقصًا، ولا شَيْءَ له سِوَاهُ، وإن شَاءَ تَرَكَ وأخذ نِصْفَ قِيمَتِهِ أقل ما كانت من يَومِ الإِصْدَاقِ إلى يوم التَّسليم، بخلاف المرأةِ حيث قلنا: تَأْخُذُ نَصِيبَهَا مع الأَرْشِ في قول؛ لأن الصَّدَاقَ في يَدِهِ مِلْكٌ للمرأةِ، وهو مضمونٌ على الزَّوْجِ، فعليه ضَمَانُ النُّقْصَانِ، وفي يَدِ المرأة مِلْكٌ لها لاَ حَقَّ للغيرِ فيه، ولا يجبُ عليها ضَمَانُ مَا حَدَثَ من النَّقْصِ في يَدِهَا.

وإن كان الصَّدَاقُ زَائِدًا من وَجْهٍ ناقصًا من وجه؛ بأن كان عَبْدًا صغيرًا فكبر ـ ازْدَادَ من حيث العملُ، وانْتَقَصَتْ قيمتُه بالكبر، أو كانت شَجَرَةً فصارت فحامًا لا تثمر، وزاد حَطَبُهَا وانتقص ثَمَرُهَا، [أو كان عبدٌ تعلم حرفةً ومَرِضَ أو عورت عينه][1] فإن اتفقا على أن يَرْجِعَ الزوجُ في نِصْفِهِ رَجَعَ، وَلاَ شَيْءَ لأحدهما عَلَى الآخَرِ، وأيهما أَبَىٰ لا يُجبر عليه، بل يَرْجِعُ الزَّوجُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ، ولا يُجبرُ الزَّوْجُ على أَخْذِ نِصفِهِ؛ لما فيه من النُّقْصَانِ، ولا المرأة على إعطاءِ نِصْفِهِ لأجلِ الزِّيَادَةِ.

ولو أصدقها جَارِيَةً أو شاةً حائلاً فولدت، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ـ فالولدُ لها، وليس له أَخْذُ نِصْفِ الأُمِّ إن كان الولدُ رضِيعًا؛ لأنه يحلُّ بالرضاعِ، وإن رَضِيَتِ المرأةُ، ولكن يأخذ نصف قِيمَتِهَا، وإن كان فطِيمًا يَأْخُذُ الزوجُ نِصْفَ الأمِّ إن لم تنتقص قيمتُها بالولادةِ.

وإن انتقصت [قيمتُها بالولادة][2] نظر؛ إن كانت الولادةُ في يَدِ الزَّوْجِ، فليس له إلا أَخْذُ نِصْفِهَا نَاقِصًا، وللمرأةِ الخيارُ في نَصِيبِهَا، فإن شاءت تركت إليه، وأخذت نصف مهر الْمِثْلِ على أَصَحِّ القولين.

وعلى الثَّاني نِصْفُ قيمتها، وإن شَاءَتْ أَخَذَتْ نِصْفَ الْجَارِيَةِ، ولا شَيْءَ لها بسببِ النُّقْصَانِ إن جعلنا ضَمَانَهُ ضَمَانَ عَقْدٍ.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

وإن قلنا: ضمان يد، أَخَذَتْ أَرْشَ النُّقْصَانِ، وإن كانت الولادةُ في يدها، فللزوج الْخِيَارُ إن شَاءَ أَخَذَ نِصْفَهَا ناقصًا ولا شيء له بِسَبَبِ النُّقْصَانِ، وإن شاء أَخَذَ نصف قيمتها أقلَّ ما كانت من يَوْمِ الإصْدَاقِ إلى يَوْمِ التَّسْلِيمِ.

وإن كان الحَبَلُ في يَدِهِ، والولادةُ في يَدِهَا ـ فالنقصان مِنْ ضَمَانِ مَنْ يكون؟:

فيه وجهان:

أحدهما: من ضَمَانِهِ، ولها الخيارُ؛ لأن السببَ وجد في يَدِهِ.

والثاني: يكون مِنْ ضَمَانِهَا، وله الخيارُ؛ لأن النَّقْصَ حَصَلَ في يَدِهَا.

وإن أصدقها جَارِيَةً حائلاً، وكانت حاملاً يوم الطلاق ـ نظر؛ إن كان قَبْلَ الْقَبْضِ، فلها الخيارُ إن شَاءَتْ أخذت جَمِيعَ الْجَارِيَةِ؛ لأن الحملَ زيادةٌ حَدَثَتْ في مِلْكِهَا، وللزوجِ نِصْفُ قيمتها عليها، وإن شَاءَتْ تَرَكَتِ الجاريةَ إليه، وأخذت نِصْفَ مَهْرِ المثلِ على الأصحِّ.

وعلى القول الآخر: نصف قِيمَتِهَا.

وإن رَضِيَتِ المرأةُ بأخذ نِصْفِهَا يجبرُ الزوجُ عليه؛ لأن نَقْصَ الْحَمْلِ حَدَثَ في يَدِهِ، وإن كان الطلاقُ بعد قَبْضِ الْمَرْأَةِ الجاريةِ، وحدوث الحملِ ـ فالحملُ زيادةٌ من وجْهٍ، ونقصانٌ من وَجْهٍ، جَارِيَةً كَانَتْ أَوْ بَهِيمَةً.

وإن [اتفقا][1] على أخذِ نصفها، فللزوجِ نِصْفُ قِيمَةِ الأُمِّ أقل ما كانت من يَوْمِ الْعَقْدِ إلى يوم التسليم، وإن أَصْدَقَهَا حَامِلاً، فإن طَلَّقَهَا وهي حَامِلٌ بذلك الحملِ ـ أَخَذَ الزوجُ نِصْفَهَا حَامِلاً، فإن وَلَدَتْ ثم طَلَّقَهَا، فحكمُ الأُمِّ ما ذكرنا، وهل له حَقٌّ في الْوَلَدِ؟

هذا يُبْنَىٰ على أن الْحَمْلَ هل يُعرف؟ وفيه قولان:

فإن قلنا: لا يعرفُ، فهو [كولد][2] يَحدثُ بعد الْعَقْدِ، فيكونُ لها.

وإن قلنا: الحملُ يعرف، فهو كَمَا لو أَصْدَقَهَا عَيْنَيْنِ، إلا أن الولدَ قد زاد على ما كَانَ عليه حَالَةَ الإصْدَاقِ، فإن رَضِيَتِ المرأةُ بِدَفْعِ نِصْفِ الولدِ إليه، وإلاَّ فله نِصْفُ قيمته باعتبارِ حالة الانْفِصَالِ؛ لأنه أولُ حالة يمكن فيها تقويمه.

وقيل: لا يجب له شيْءٌ بسبب الحملِ؛ لأن تقويمه لا يمكنُ حالة الاجتنان في البطن، وقد زاد بالانفصال، فلا يمكن تسليمُ نصفه إليه، فيسقط ضَمَانُهُ، والأولُ أصحُّ.

ولو أَصْدَقَهَا نَخْلَةً مُثْمِرَةً، ثم طَلَّقها أخذَ الزوجُ نِصْفَهَا مع نِصْفِ الثمرة، سواء جدت

(١) في أ: لم يتفقا.

(٢) في أ: كواجد.

المرأة الثمرة أو لم تجد، فإن كانت مطلعة يوم الصَّدَاقِ، نظر إن طَلَّقَهَا وهي مطلعة بذلك الطلع، [فله][١] نِصْفُهَا.

وإن كانت مُؤَبَّرَةً يوم الطَّلَاقِ، فهل له حَقٌّ في الثَّمَرَةِ؟

قيل: فيه قولان:

وقيل - وهو الأصحُّ: له حَقَّ نِصْفِ الثَّمرة قولاً واحدًا؛ لأنها كانت مشاهدةً يوم الإِصْدَاقِ بخلاف؛ كما لو أَصْدَقَها حاملاً فولدت، هَلْ له حكمٌ في الولدِ ففيه قولان: حَمْلِ الْحَيَوَانِ.

قال الشيخُ - رحمه الله -: إذا جعلنا له حقًّا في الثَّمَرَةِ، فلا يمكنه أخذُ نِصْفِهَا بغيرِ رِضَاهَا؛ لأنها زائدةٌ، ولكن يأخذُ نِصْفَ قيمة الطَّلْعِ.

ولو أَصْدَقَهَا نَخِيلاً حائلاً، وطلَّقها قبل الدُّخول وهي مطلعةٌ - ليس له أَخْذُ شَيْءٍ من الطَّلْعِ، بخلاف ما لو بَاعَ نخلةً مطلعةً دخل الطلعُ في البيع؛ لأنه يملك بِالتَّرَاضِي، فإن رَضِيَتِ المرأةُ بأن يأخذ الزوجُ نصفَ الشَّجرة مع الطلع - أُجبر الزَّوْجُ على الْقَبُولِ.

وإن كانت الثمرةُ قد أُبِّرتْ، وَرَضِيَتِ المرأةُ بأن تأْخُذَ نِصْفَهَا مع نِصْفِ الثمرة - هل تُجبر؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى كالطلع لاتصال الثَّمرة بالشَّجرة.

والثاني - وهو الأصحُّ: لا تجبر؛ لأن الثمرةَ المؤبرةَ في حُكْمِ المنفصلِةُ؛ بدليل أنها لا تدخُل في مطلق بيع الشَّجَرَةِ وَلاَ يُجْبَرُ أَحَدٌ على قَبُولِ مِلْكِ الغير.

ولو قال الزوجُ: أنا أرجعُ في نِصْفِ الشَّجَرَةِ، وأكلفها قَطْعَ الثَّمرة - لم يكن له ذلك؛ لأن الثَّمَرَةَ حَدَثَتْ في مِلْكِهَا، فاستحقَّت التَّربية عَلَى الشَّجرةِ. ثم إن تَرَاضَيَا على أن يأْخُذَ الزوج نصف الشجرة ويترك الثمرة إلى الجدادِ فأخذ غلته لزم، وليس لأحدهما أن يَرْجِعَ عن ذلك.

وإن رَغِبَ الزوجُ فيه فقال: آخُذُ نِصْفَ الشَّجَرَةِ، وأتركُ الثمرةَ لها إلى أَوَانِ الْجَدَادِ والمرأةُ أَبَتْ - تُجبَرُ المرأةُ عليه.

فإن دَعَتِ المرأةُ إلى ذلك فَلِلزَّوْجِ أَلاَّ يَرْضَىٰ ويأخذ القيمة؛ لأن حَقَّهُ في شَجَرَةٍ فارغةٍ، ولو قَالَ الزوجُ: أنا أَرْضَىٰ بتأخير حَقِّي حتى تجدِّي الثَّمَرَةَ، ثم آخُذُ نِصْفَ الشَّجرة - فللمرأة ألا تَرْضَىٰ به؛ لأن [الشَّجرة][٢] نصيبَهُ يكُونُ مَضْمُونًا عليها، بخلاف ما لو رَجَعَ في

---

(١) في أ: أخذ.

(٢) سقط في أ.

نِصْفِهِ، وترك الثَّمَرَة ـ تُجْبَرُ المرأةُ؛ لأن ملك النِّصْفِ انتقل إليه، فإذا قبضه مشاعًا سَقَطَ الضمانُ عنها.

ولو دَعَتْهُ المرأةُ إلى تَأْخِيرِ حَقِّهِ إلى أن تجدَّ الثمرةَ ـ له أَلَّا يَرْضَىٰ؛ لأن حَقَّهُ مُعَجَّلٌ، فإن تَرَاضَيَا على التَّأخير، فلكلٍّ واحدٍ منهما أن يَرْجِعَ على ذلك؛ لأنه تبرعٌ لا يلزمُ.

وعند المزني: يَأْخُذُ الزوجُ نصفَ النَّخْلَةِ، وتبقى الثمرةُ إلى أوان الْجَدَادِ؛ كمن بَاعَ نَخْلاً وعليها ثمرةُ مؤبَّرَةٌ تكونُ الثمرَةُ للبائع، وتبقى إلى أَوانِ الْجَدَادِ.

قلنا: لأن البيعَ يَصْدُرُ عن تَرَاضٍ منهما، فيقرانِ على ما تَرَاضَيَا عليه، وحكم سَائِرِ الأشجارِ إذا خَرَجَ نورَها حكمُ النَّخلة تطلعُ، فإذا انْعَقَدَ ثَمَرُهَا فكَالنَّخْلَةِ تُؤَبَّرُ.

وإن كان الصَّدَاقُ أَرضًا فزرعتها المرأةُ، ثم طَلَّقَهعا الزوجُ قبل الدُّخُولِ ـ فلا حَقَّ له في الزَّرعِ، ولا له أن يُكلفَهَا قَلْعَ الزَّرعِ، فإن تَرَاضَيَا على أن يَأْخُذَ الزوجُ نصفَ الأرضِ، ويتركَ الزَّرْعَ إلى الْحَصَادِ ـ فَحَسَنٌ، وإن رَغِبَ فيه الزوجُ وَأَبَتِ المرأةُ تُجْبَرُ المرأةُ عليه، وإن رَغِبَتِ [فيه المرأة][1] وَأَبَىٰ الزَّوْجُ ـ فله ذلك، ويأخذ نِصْفَ قِيمَةِ الأَرْضِ؛ كما ذكرنا في الثَّمَرَةِ.

ولو رَضِيَتِ المرأةُ بأن يَأْخُذَ الزوجُ نِصْفَ الأرضِ مع نصف الزَّرْعِ ـ هل يُجْبرُ الزوجُ عليه؟: فيه وَجْهَانِ كالثَّمرة الْمؤَبَّرَةِ:

أصحهما: لا يجبرُ، وكذلك إذا كانت قد غرست فيها، فإن تَرَاضَيَا على أن يَأْخُذَ الزوجُ نصف الأرض، ويترك الْغِرَاسَ لَهُ ـ جاز، وإن رَغِبَ فيه الزوجُ تُجْبَرُ المرأةُ عليه؛ كما في الزَّرْعِ. وقيل: لا تُجْبَرُ لأنه لِلتَّأْبِيدِ.

وإن رَغِبَتْ فيه المرأةُ لا يُجْبَرُ الزَّوْجُ، بل يأخذُ نِصْفَ قِيمَةِ الأَرْضِ.

ولو تركت نصف الْغِرَاسِ إليه لاَ تُجْبَرُ على الْقَبُولِ على الأصحِّ؛ كما قلنا في الزَّرْعِ.

ولو كانت حَرَثَتِ الأرضَ، فهي زيادةٌ من وجه ونقصانٌ من وَجْهٍ، فإن كان يُرَادُ للبناءِ، فهو نقصَانٌ وإن كان يُرَادُ لِلزِّرَاعَةِ، فهو زيادةٌ.

وإن تَرَاضَيَا على أن يَأْخُذَ الزوجُ نِصْفَهَا ـ جَازَ، وأيهما أَبَىٰ لا يجبرُ الآخرُ عليه، وللزوجِ نِصْفُ قيمتها غير مَحْرُوثَةٍ.

وإن كان الصداقُ عبدًا وقد دَبَّرَتْهُ المرأةُ، فهل للزوج أَخْذُ نِصْفِهِ؟ نصَّ أنه لا يأخذُ. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، بناء على أن التَّدبيرَ وصيةٌ أم تعليقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ؟

---

(١) في أ: هي.

فإن قلنا: وصية، فله أَخْذُ نِصْفِهِ؛ كما لو أَوْصَتْ به لإنسانٍ [له](١) أَخْذُ نِصْفِهِ.

وإن قلنا: تعليقُ عِتْقٍ بصفة، فيأخذ نصف قيمته.

ومنهم من قال: لَيْسَ له أخذُ نِصْفِهِ.

وإن قلنا: وصية؛ لأنها قد قصدت فيه قُرْبَةً؛ فلا يبطلُ عليها ذلك مع إمكان جبْرِ حَقِّ الزَّوْجِ بالقيمة.

فإن رَجَعَتْ عن التَّدْبِيرِ، وقلنا: يصحُّ الرجوعُ عنه، ثم طَلَّقها الزوج - جَازَ له أَخْذُ نِصْفِهِ.

قال الشيخ - رحمه الله -: ولو وَهَبَ لابنه عبدًا فَدَبَّرَهُ، أو بَاعَ عبدًا بثوبٍ فَدَبَّرَهُ المشترِي، ثم وَجَدَ بالثَّوب عيبًا فردَّه - يجوز أن يَسْتَرِدَّ العبد؛ كما يأخذه بِالزَّوَائِدِ المتصلةِ بخلاف الصَّدَاقِ.

ولو علقت عتقه بصفة، ثم طَلَّقَهَا الزوجُ - فالمذهبُ: أنه لا يرجعُ في نِصْفِهِ؛ لأنه لا يقبلُ الرُّجُوعَ. بخلاف التَّدْبِيرِ، بل بأخذُ نِصْفَ قِيمَتِهِ.

فَصْــلٌ فِي وَطْءِ جَارِيَةِ الصَّدَاقِ

إذا أصدق امرأَتَهُ جاريةً، ثم وَطِئَهَا الزوجُ عالمًا بأنها جَارِيَةُ الصَّدَاقِ - نظر إن وَطِئَهَا بعد الدُّخُولِ بالمرأة، فهو كما لو وَطِىءَ جاريةَ أجنبيٍّ، فعليه الحدُّ، فإن أولدها فالولدُ رقيق لها. وإن ادّعىٰ أنه لم يعلمْ أنها ملكتها بالإصداق - لا يقبلُ قوله، وإن كان قبل الدُّخول بها، وادَّعَىٰ أنَّه لم يعلم أن المرأةَ تملك الصَّدَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ - يقبلُ قوله، وَلاَ حَدَّ عليه.

ولأيِّ مَعْنًى لم يَجِبْ عليه الحدُّ؟ فيه معنيان:

أحدهما: للجهلِ؛ لأن الْعَوَامَّ مما تَخْفَىٰ عليهم مِثْلُ هذه الْمَسَائِلِ.

والثاني: لاختلافِ العلماءِ، فإن عند مَالِكٍ لا تملكُ [المرأة](٣) قبل الدُّخُولِ إلا نصف الصَّدَاقِ.

وإن كان عالمًا بأن المرأة تَمْلِكُ جَمِيعَ الصَّدَاقِ قبل الدُّخُولِ، فهل عليه الحدُّ؟ فعلى وَجْهَيْنِ بِنَاءً على الْمَعْنَيَيْنِ.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

فإن قلنا: المعنى فيه الْجَهَالَةُ، فها هنا يَجِبُ عليه الحدُّ؛ لأنه كان عالمًا بِحُصُولِ الملكِ لها. وإن قلنا: اختلافُ الْعُلَمَاءِ، فلا يجب، فحيث أوجبنا الْحَدَّ، فإن أولدها يَكُونُ الولدُ رقيقًا لها، ويجب المهرُ إن كانت مُكْرَهَةً، وإن لم نُوجِبِ الْحَدَّ، فالولدُ حُرٌّ ثابتُ النَّسَبِ، وعلى الزَّوج قِيمَتُهُ للمرأةِ باعتبار يوم السُّقُوطِ، وعليه الْمَهْرُ.

فَصْلٌ فِي تَفْرِيقِ الصَّدَاقِ وَجَمْعِهِ

إذا جمع بين الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ، بأن قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي هذه، وَبِعْتُكَ هذا الْعَبْدَ بألفٍ، فقال: تَزَوَّجْتُهَا واشتريتُ العبدَ، أو قال: قَبِلْتُ النِّكَاحَ والبيعَ - فالنكاحُ صَحِيحٌ، وفي البيعِ قَوْلاَنِ:

أحدهما: باطلٌ؛ لما بَيْنَهُ وبينَ النِّكَاحِ من اختلافِ الأَحْكَامِ.

والثاني: صَحِيحٌ؛ لأن العقدَ على كُلِّ واحدٍ على الانفراد جائز، فيجوزُ الجمعُ؛ كما لو باع عَبْدَيْنِ.

فإن قلنا: البيعُ بَاطِلٌ، فالمسمَّى فَاسِدٌ، ويجب للمرأةِ مَهْرُ المثل.

وإن قلنا: البيعُ صَحِيحٌ، فَتُوَزَّعُ الألفُ على مَهْرُ المثلِ، وقيمة العبد ويصور فيما إذا كان مَهْرُ المثل وَقِيمَةُ الْعَبْدِ سواء.

فإن طَلَّقَهَا [الزوجُ][1] قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَ إليه نِصْفُ الصداقِ، [وهو ربعُ][2] الألفِ.

وإن ارْتَدَّتْ هي، أو فَسَخَ أحدُهما النِّكَاحَ بعيبٍ وُجِدَ بِصَاحِبِهِ قبل الدُّخول، عَادَ إليه كُلُّ الصَّدَاقِ، وهو نصفُ الألفِ.

ولو وُجِدَ بالعبدِ عيبًا وردَّه يستردُّ الثمنِ، وهو نِصْفُ الألف، وليس للمرأةِ رَدُّ بَاقِي الألفِ، والمطالبة بِمَهْرِ المثلِ، وإن لم تجوز تفريق الصَّفْقَةِ؛ لأن المسمَّى صحيحٌ لا يتركُ بمهر الْمِثْلِ. فإن رَدَّ الزوجُ الْعَبْدَ بالعيبِ، أو فَسَخَ النِّكَاحَ قبل الدُّخُولِ بِالْعَيْبِ - عَادَ إليه كُلُّ الألف، وإن كانت الألفُ معينةً، فخرجت مستحقةً أو زيوفًا فردَّتها - يسترد العبد.

وفي الصَّدَاقِ قَوْلاَنِ:

أحدهما: لها مَهْرُ المثلِ.

والثَّاني: خمسمائة درهم، وكذلك لو كانَ الألفُ من جِهَتِهَا؛ بأن قال الوليُّ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي بِعَبْدِكَ؛ على أن أَرُدَّ عليك أَلْفًا مِنْ مَالِهَا، أو قال: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي وَمَلَّكْتُكَ أَلْفًا من مالها

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وربع.

بهذا الْعَبْدِ - صَحَّ النِّكَاحُ، وفي الْبَيْعِ وَتَسْمِيَةِ الصَّدَاقِ قَوْلَانِ.

فإن قلنا: لا يصحُّ، فعليهِ لها مَهْرُ المثل.

وإن قلنا: يصحُّ، فيوزع العبد على صَدَاقِ مثلها والثمن، ويصور فيما إذا كَانَتْ قيمةُ العبدِ أَلْفَيْنِ، ومَهْرُ مِثْلِهَا أَلفٌ، حتى يكون نِصْفُ العبد صَدَاقًا، ونصفه مبيعًا بألفٍ، فإن طَلَّقَهَا [الزوج][1] قبل الدُّخُول بها - رَجَعَ إليه نِصْفُ الصَّدَاقِ، وهو ربعُ الْعَبْدِ.

وإن ارْتَدَّتِ [الزوجةُ][2]، أو فَسَخَ أحدُهما النِّكَاحَ بعيبٍ قبل الدُّخُول - عَادَ إليه كُلُّ الصَّدَاقِ، وهو نصفُ العبدِ، فإن كانت الألفُ معيبةً، فوجد الزوجُ بها عيبًا وردَّها - استرَدَّ المبيعَ، وهو نصفُ العبدِ وَبَقِيَ لها النِّصْفُ.

ولو وجدت [هي][3] بالعبدِ عيبًا وردَّته تستردُّ الثَّمَنَ، وهو الألفُ للنصف المبيع.

وفي الصَّدَاقِ قولان:

أحدُهما: تَأْخُذُ مَهْرَ المثلِ.

والثاني: نِصْفُ قِيمَةِ العبدِ.

ولو أرادت تَفْرِيقَ الصفقةِ، فيرد نصف الْمَبِيعِ مِنَ العبدِ، ويمسك نصف الصَّدَاقِ، أو عكسه، فقد قيل: فيه قولان؛ كما لو اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ، وأراد رَدَّ أَحَدِهِمَا بالعيبِ - هَلْ لَهُ ذلك؟ فيه قولان:

وقيل ها هنا: يجوزُ قولاً واحدًا؛ لأنهما عَقْدَانِ، فيجوز رَدُّ أحدهما دُونَ الآخَرِ.

وعلى هذا لو جَمَعَ بين الْخُلْعِ والبيعِ؛ بأن قالت: طَلِّقْنِي على أَلْفٍ على أن تُعْطِيَنِي عَبْدَكَ الفلانيَّ، فقال: فَعَلْتُ، فبعض الألف بَدَلُ الْخُلْعِ، والبعض ثمنُ العبد.

أو قال الزوج: خَالَعْتُكِ، وَبِعْتُكِ هَذَا العبدَ بألف، فقبلت - صَحَّ الْخُلْعُ.

وفي صِحَّة المسمَّى والبيعِ قَوْلَانِ.

فإن قلنا: لا يصحُّ، يجبُ عليها مَهْرُ المثلِ.

وإن قلنا: يصحُّ، فيوزع [المسمَّى][4] على مَهْرِ المثلِ، وقيمة ما ضم إليها.

وإذا جمع بين نِكَاحِ امرأتين، أو بين أَرْبَعٍ بِمُسَمًّى واحدٍ؛ بأن كانت له أَرْبَعُ بَنَاتٍ ابن

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: المرأة.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الثمن.

من أربع بنين، فقال الرجلُ: زَوَّجْتُكَهُنَّ بألفٍ، فالنِّكَاحُ صَحِيحٌ، وفي صِحَّةِ الْمُسَمَّى قولان.

وكذلك لو خَالَعَ امْرَأَتَيْنِ، أو أربعَ نسوةٍ بألفٍ دفعةً واحدةً فَقَبِلْنَ ـ وقعت الْبَيْنُونَةُ، وفي صِحَّةِ المسمَّى قولان:

أحدهما: المسمى فَاسِدٌ؛ لأن ما يخص كُلَّ واحد مِنْهُنَّ مجهولٌ، ولكل واحدةٍ منهن في النِّكَاحِ وفي الْخُلْعِ على كُلِّ واحدةٍ منهن مَهْرُ مِثْلِهَا.

والقولُ الثَّاني: المسمَّى صَحِيحٌ؛ لأن الجملةَ معلومةٌ والتفضيل يصير معلومًا بِالتَّوْزِيعِ؛ كما لو بَاعَ أربعةَ أَعْبُد صفقةً واحدةً بألف، يصحُّ، ويوزعُ المسمَّى على قَدْرِ قيمتهم، فعلى هذا يُوَزَّعُ المسمَّى على مُهُورِ أَمْثَالِهِنَّ على ظاهر الْمَذْهَب.

وقيل: يوزعُ على عَدَدِ رُؤُوسِهِنَّ، وليس بصحيحٍ؛ كما في الثَّمن يُوَزَّعُ على قَدْرِ قيمتهم لا عَلَى عدد رُؤُوسِهِمْ.

ونَصَّ الشافعيُّ ـ رحمه الله ـ على أنه لو اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ، أو أربعَةَ أَعْبُدٍ من أربعة نَفَرٍ غير مشتركة بينهم، صفقة واحدة؛ أنه لا يصحُّ [في](1) البيع.

ونصَّ على أنه لو كَاتَبَ ثلاثَة أَعْبُدٍ كتابةً واحدةً بمسمًّى معلوم، أن الكتابةَ جَائِزَةٌ.

اختلف أصحابُنا في هَذِهِ النُّصُوصِ منهم مَنْ جَعَلَ الكلَّ على قولين، [في المسمَّى](2) في النِّكَاحِ والخُلع، ومنهم مَنْ أَلْحَقَ الكتابةَ بِالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ، فَجَعَلَهُمَا على قولين، وقال في الْبَيْع: لا يصحُّ قولاً واحدًا [والفرق](3): أن الثَّمن رُكْنٌ في البيع؛ بدليل أن فَسَادَهُ يمنعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ، بخلاف النِّكَاح وَالْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ، فإن البدلَ ليس بِرُكْنٍ فيها؛ بدليل أن فَسَادَهُ لا يمنعُ مَقْصُودَ الْعَقْدِ؛ لأن النِّكَاحَ يصحُّ مع فَسَادِ العوض، وفي الْخُلْعِ تقعُ البينونةُ، وفي الكتابةِ يَحْصُلُ العتقُ إذا أَدَّى الْمُسَمَّى، فكذلك الجهلُ بِالْعِوَضِ لا يمنعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ.

ومنهم مَنْ أَلْحَقَ الْبَيْعَ بِالنِّكَاحِ والْخُلعِ، فجعلَهُ على قَوْلَيْنِ، وقال: الكتابة صحيحة قولاً واحدًا، وفرق بأن العبيدَ في الكتابةَ يَجْمَعُهُمْ ملكٌ واحدٌ، وقبولهم صدر على رَأْيِ مالك واحد؛ فَصَحَّ؛ كما لو باع واحدٌ عَبْدَيْنِ من واحدٍ يَصِحُّ، بخلاف الْعُقُودِ الثلاث.

وَإِذَا تَزَوَّجَ امرأةً على عَبْدٍ، فخرجُ العبد مستحقًّا، أو خرج حرًّا، أو على جَارِيَةٍ فَخَرَجَتْ أُمَّ ولد، أو على عَصِير فَبَانَ خَمْرًا، أو على مُذَكَّاةٍ فبان ميتة [أو على بَقَرَةٍ فبان خِنْزِيرًا](4) ـ فَالنِّكَاحُ صحيح.

وفيما عليه؟ قولان:

---

(1) سقط في أ.

(2) في أ: كالمسمى.

(3) في أ: وفرق بينهما.

(4) سقط في أ.

أصحهما - وهو اختيارُ الْمُزَنِيّ: يجبُ عليه لها مَهْرُ الْمِثْلِ.

والثاني: عليه القيمةُ، فيُقدر الحرُّ عبدًا، والميتة مُذَكَّاةً، والخنزير بَقَرَةً، وتؤخذ قيمتهُ، ويُقَدَّرُ الخمرُ عَصِيرًا فيؤخذُ مثله.

وكذلك لو خَالَعَ زَوْجَتِهِ على عَبْدٍ، فبان مستحقًّا أو حرًّا، [أو على مُذَكَّاةٍ فَبَانَتْ ميتةً][(١)] - تَقَعُ البينونةُ، ويجب [لها][(٢)] مَهْرُ الْمِثْلِ في أَصَحِّ القوليْن.

وفي الثَّاني القيمة.

أما إذا قال: [زَوَّجْتُكَهَا][(٣)] على هَذَا الْحُرِّ أيقع؟، أو على هَذَا الْخَمْرِ [أو عَلَى هَذَا الْخِنْزِير][(٤)] - فيفسد المسمى، ويجب مَهْرُ المثلِ قولاً واحدًا؛ لأن التَّسْمِيَةَ وقعت فَاسِدَةً، وفي الصُّورةِ الأولى كانت التسميةُ صَحِيحَةً، فيجوزُ أن يقال: يرجعُ إلى ما سمى، وكذلك الْخُلْعُ.

ولو نَكَحَهَا على ألفِ درهمٍ، وزقِّ خَمْرٍ - فالمهرُ فَاسِدٌ، ويجب لها مهرُ الْمِثْلِ، ولو نَكَحَهَا عَلَى عَبْدَيْنِ، فبان أحدُهما مستحقًّا أو حرًّا - ففي الحرِّ والمستحق فاسد.

وهل يصحُّ في العبدِ؟ فعلى قولين بناء على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

فإن قلنا: لا يصحُّ، فلها مهرُ الْمِثْلِ على أصحِّ القولين.

وعلى الثَّاني: قيمتها.

وإن قلنا: يصحُّ في العبدِ، فللمرأةِ الخيارُ في الصَّدَاقِ؛ لأنه لم يسلم لها جميع الْمُسَمَّى، فإن ردت فهكذا يرجع بمهرِ المثلِ عَلَى الأَصَحِّ، وعلى الثَّاني بقيمةِ الْعَبْدَيْنِ.

وإن أجَازَتْ فبكم تُجِيزُ المملوك؟ فيه قولان:

أحدهما: بِجَمِيعِ الْمَهْرِ، ولا شَيْءَ لها غَيْرُهُ.

والثَّاني: يجبرُ بِحِصَّتِهِ [من مَهْرِ الْمِثْلِ][(٥)]، ثم بماذا يرجعُ بسبب الْحُرِّ؟ فعلى قَوْلَيْنِ:

أصحهما: بحصته من مَهْرِ الْمِثْلِ.

والثَّاني: بقيمته لو كَانَ عَبْدًا.

وعند أبي حنيفة: إذا أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، فخرج أحدُهما حرًّا - ليس لها إلا العبدُ، وإن

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عليها.
(٣) في أ: تزوجتها.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

خَرَجَ أحدُهما مستحقًّا، فلها قيمةُ المستحقِّ مع الثَّاني.

وعند أبي يوسف في الْحُرِّ كذلك لها قيمةُ الْحُرِّ مع الثَّاني.

ولو عَقَدَ النِّكاح في السِّرِّ بألفٍ، ثم عَقَدَ في الْعَلاَنِيَةِ بألفيْن:

قال في مَوْضِعٍ: الْمهرُ مهر السِّرِّ، وقال في موضع آخر: المهرُ مَهْرُ العلانيةِ.

أومأ المزنيُّ أن المسألةَ على قولين.

وخرج بعضُ أصحابنا مِنْ هَذَا أن المواضعةَ عليه قبل الْعَقْدِ، هل تجعل كالمشروطِ في الْعَقْدِ، فَجَعَلُوهَا عَلَىٰ قَوْلَيْنِ.

والمذهبُ أن الْمُوَاضَعَةَ [عليه][(١)] قبل الْعَقْدِ لا تجعلُ كَالْمَشْرُوطِ في الْعَقْدِ.

وهذه المسألةُ على اخْتِلاَفِ الحاليْن حيث قال: الْمَهْرُ مَهْرُ السِّرِّ، أراد به إذا عَقَدَ عَقْدًا صَحِيحًا في السِّرِّ بألف، ثم عقد ثانيًا بألفين في الْعَلاَنِيَةِ لِيَتَسَامَعَ الناسُ، فالواجب هو الأولُ، وحيث قال: الْمَهْرُ مَهْرُ الْعَلاَنِيَةِ، أراد به إذا تَوَاطَؤُوا في السِّرِّ على أن المهرَ ألفٌ، ولم يعقدوا، ثم عَقَدُوا في الْعَلاَنِيَةِ ـ بألفيْن ـ فالمهرُ مَهْرُ العلانيةِ.

ولو ادَّعَتِ امرأةٌ على زَوْجِهَا أنه نَكَحَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ بعشرين، ويوم الجمعة بِثَلاَثِينَ، وادَّعَتِ الْمَهْرَيْنِ جميعًا ـ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا، فإذا ثَبَتَ الْعَقْدَانِ بإقرارهما، أو بِنُكُولِهِ وبيمينها، أو ببينةٍ [قَامَتْ عليه][(٢)] ـ يلزمه الْمَهْرَانِ جميعًا، ويحملُ عَلَىٰ أنه طَلَّقَهَا بَعْدَ النِّكاحه الأولِ، ثم نَكَحَهَا ثَانِيًا.

وإن لم تُصَرِّح المرأةُ بِذَلِكَ في دَعْوَاهَا؛ لأن إِقْدَامَهُ على النِّكَاحِ الثَّاني أمارةُ وقوعِ الْفُرْقَةِ بينهما، فلو ادَّعَىٰ الزوجُ أن العقدَ الثَّاني كان في حَالِ بَقَاءِ الأَوّلِ لِيَتَسَامَعَ الناسُ؛ كما لو ابْتَاعَ شَيْئًا، ثُمَّ ادَّعَىٰ أنه مِلْكُهُ لا يقبلُ؛ لأن ابْتِيَاعَهُ إقرارٌ لصاحبِ اليدِ بالملك؛ إلا أنه إذا ادَّعى أن الفراقَ في النِّكَاحِ الأولِ كان قَبْلَ الدُّخُولِ ـ يقبل قولُه مع يمينه، ولا يلزمه إلا نِصْفُ المهرِ في النِّكَاحِ الأولِ، ويكون عنده في النِّكَاحِ الثَّاني بِطَلْقَتَيْنِ.

وعلى هَذَا لو ادَّعَىٰ على رَجُلٍ أنه اشْتَرَىٰ هذه السلعةَ يوم الخميس بعشرين، وَاشْتَرَاهَا يوم الجمعة بثلاثين، وأقام عَلَيْهِ بَيِّنَةً ـ يلزمه الثَّمَنَانِ جَمِيعًا، ولا يقبلُ قولُ الْمُشْتَرِي: إن الثَّاني كَانَ مع بَقَاءِ الأولِ.

ولو قَبِلَ لابنه الصَّغير، أو المجنونِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ بمهرٍ مِنْ مَالِ الابنِ ـ يصِّح، ثم إن كان

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

دَيْنًا لا يكون الأَبُ ضَامِنًا، إلا أن يَضْمَنَ صَرِيحًا.

وقال في القديم: يَكُونُ الأَبُ ضَامِنًا.

فإن قلنا بِهَذَا، أو ضمن صَرِيحًا، فإن أَدَّى من مَالِ نَفْسِهِ [بِحكم الضَّمَانِ، فإن نَوَى الرجوع على الابن حالة الأداء رَجَعَ، وإلاَّ فَلاَ، وإن لم يَكُنِ الأَبُ ضَامِنًا فَأَدَّىٰ من مَالِ نَفْسِهِ][1] متبرعًا ـ لا رُجُوعَ له على الابنِ، وكذلك لو تَبَرَّعَ أجنبيٌّ بِإِذْنِهِ.

فلو بَلَغَ الصبيُّ، فطلَّقها قبل الدُّخول، كان الصَّدَاقُ للابنِ، وعلاَ رَجُوعَ للأبِ فيه.

وقيل: إذا كان عينُ ما دَفَعَ الأَبُ قائمًا، فهل للأبِ الرجوعُ؟ فيه وَجْهَانِ؛ كما لو كان الموهوبُ عَيْنًا.

وإن كَانَ الابنُ بالغًا، فتبرَّع الأَبُ بأداء الصَّدَاقِ، ثم طَلَّقَهَا الابنُ قبل الدُّخُولِ، عاد نِصْفُ عَيْنِهِ إلى الابنِ، فهل للأبِ الرجوعُ؟:

فيه [وجهان][2]؛ كما في حَقِّ الصَّغِيرِ.

وقيل في [القديم][3]: لا يرجعُ قولاً واحدًا، بخلاف الصغير؛ لأن الصَّغِيرَ ليس من أَهْلِ القبضِ، فجعل الأَبُ متبرعًا عليه قابضًا عنه؛ فكان له الرُّجُوعُ، فلا ينوبُ عن البالغ في الْقَبْضِ، وكان أداؤهُ عنه مَحْضَ إِسْقَاطِ حَقٍّ، فلم يقدر على الرُّجُوعِ.

ولو قبل لابنه الصَّغير النِّكَاحَ بصداقٍ من مَالِ نفسه ـ صَحَّ، عينًا كان أو دينًا، ثم إذا بَلَغَ الصَّبِيُّ وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُول ـ فنصفُ الصَّدَاقِ يعودُ إلى الابن، وإذا ارْتَدَّتْ قبل الدخول، فَكُلُّ الصَّدَاقِ يعودُ إلى الابنِ، وهل لِلأَبِ ـ الرجوعُ فيه؟ نُظِرَ؛ إن كان دَيْنًا فلا؛ كما لو اشْتَرَىٰ الابنُ شيئًا بِثَمَنٍ في ذِمَّتِهِ، وأدى، ثم وَجَدَ الابنُ بالمبيع عيبًا وردَّه ـ يستردُّ الثَّمَنَ، ولا رجوعَ للأبِ فيه، بخلاف ما لو خَرَجَ الْمَبِيعُ مستحقًّا يعودُ الثَّمَنُ إلى الأبِ؛ لأنه بَانَ أن الأداءَ فيه لم يَصِحَّ.

وإن كان الصَّدَاقُ عينًا فإن كان قَدْ هَلَكَ عندها، رَجَعَ الابنُ في نِصْفِ قيمته، ولا رجوعَ للأب فيه، وإن كانت العينُ باقيةً، فأخذ الابنُ نِصْفَهَا، هل للأبِ أن يَرْجِعَ فيه؟

فَعَلَىٰ وَجْهَيْنِ، بناء على ما لو خَرَجَ الموهوبُ من مِلْكِ الابنِ، ثم عَادَ إليه ـ هل يثبتُ للأب الرجوعُ فيه أم لا؟ فعلى وجهين.

والصحيحُ من الْمَذْهَبِ أن لا رجوعَ للأبِ في هَذِهِ المواضع كُلِّهَا.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: قولان.

(٣) في أ: البالغ.

ولو قَبِلَ لابنه الصَّغِيرِ نِكَاحَ امرأةٍ، وجعل أُمَّ ذلك الابنِ صَدَاقًا لها؛ بأن كَانَتْ مَمْلُوكَةً له ـ لم يَصِحَّ الإصداقُ؛ لأنا نَحْتَاجُ أن يَمْلِكَهَا الابنُ أولاً، ثم نجعلها صَدَاقًا لزوجته، وإذا مَلَكْنَاهُ عَتِقَتْ، وإذا عتقت لم يَصِحَّ إِصْدَاقُهَا، فقلنا: لا يصحُّ ولا تعتقُ. والله أعلم.

بَابُ التَّفْوِيضِ (١)

التفويضُ هو التزويجُ بلا مَهْرٍ، وهو نَوْعَانِ: صحيح، وفاسد.

فالصحيحُ: هو أَنْ تَأْذَنَ المرأةُ الْمَالِكَةُ لأمرها ـ ثيبًا كانت أو بِكْرًا ـ لوليها أن يُزَوِّجَهَا بلا مهر، أو قالت: زَوِّجْنِي وَلاَ تَذْكُرِ المهرَ، فَزَوَّجَهَا وليُّها، وقال: زَوَّجْتُكَهَا بلا مهرٍ، أو سَكَتَ عن ذِكْرِ المهرِ، أو السَّيِّدُ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِلا مَهْرٍ، أو سَكَتَ عن ذِكْرِهِ ـ صَحَّ النِّكَاحُ، ولا يجبُ المهرُ بالعقدِ على الصَّحِيحِ من المذهبِ؛ لأن المهرَ حَقُّهَا، وقد رَضِيَتْ بِإِسْقَاطِهِ؛ كما لو أَبْرَأَتِ الزوجَ عن الصَّدَاقِ بعد الوجوب.

وفيه قولٌ مخرج: أنه يَجِبُ المهرُ، وهو قولُ أبي حنيفة، والأولُ أصحُّ؛ لأنه لو وَجَبَ بالعقدِ انتصفَ بِالطَّلاَقِ قبل الدُّخُولِ، ولم يكن لها مطالبتهُ بالفرض، وبالاتفاق يَجُوزُ لها مطالبتهُ بأن يَفْرِضَ لها صَدَاقًا.

ولو طَلَّقَهَا قَبْلَ الفَرْضِ والمسيس ـ لاَ مَهْرَ لها، وتجب لها المتعةُ، ولو دَخَلَ بها الزوجُ وَجَبَ لها مهرُ المثلِ، ولم يكن لها بعد مطالبتهِ بالْفَرْضِ.

---

(١) التفويض: لغة رد الأمر للغير، وشرعًا تفويض بضع، وهو إخلاء النكاح عن المهر، وتفويض مهر، وهو رد أمر المهر من المرأة إلى غيرها، نحو زوجني بما شئت أو شاء فلان.

فإذا قالت رشيدة ولو حكمًا لوليها زوجني بلا مهر، فزوج ونفى المهر، أو سكت عنه فهو تفويض صحيح.

وكذا لو قال سيد أمة غير مكاتبة زوجتكها بلا مهر أو سكت عنه أما من السفيهة فيستفيد منه الولي الإذن في النكاح فقط. وإذا صح التفويض فالأظهر أنه لا يجب بالعقد شيء والثاني يجب مهر مثل، وعلى الأول لو وطىء فمهر، مثل لأن الوطء لا يباح بالإباحة لما فيه من حق الله تعالى والمعتمد في مهر المثل الأكثر من العقد إلى الوطء أو الموت لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد وقبل بحال العقد لأنه المقتضي للوجوب بالوطء وقيل بحال الوطء لأنه الذي لا يعرى عن المهر بخلاف العقد، وهما ضعيفان فصل: للمفوضة حبس نفسها ليفرض، والمطالبة بالفرض؛ لتكون على بصيرة من تسليم نفسها، وكذا لتسليم المفروض الحال في الأصح، كالمسمى في العقد.

وقيل لا لمسامحتها بالمهر فكيف يضايق في تقديمه.

والمفروض ما تراضيا به، ولو مؤجلاً، أو فوق مهر مثل، أو جاهلين بقدره، كالمسمى ابتداء ولا يشترط العلم بمهر المثل؛ لأن المفروض ليس بدلاً عنه، بل الواجب أحدهما، فإن امتنع الزوج من =

ولو مَاتَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ قبل الفرضِ والمسيس - هل يَجِبُ لها مهرُ الْمِثْلِ؟:

قال الشافعي - رضي الله عنه -: إن صَحَّ حديثُ بَرْوَعَ بنْتِ وَاشِقٍ، فلها المهرُ؛ وهو مَا رُوِيَ عَنْ مَعْقِلِ بْنِ سنان؛ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَضَىٰ في بَرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ - نُكِحَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ، فَمَاتَ زَوْجُهَا بِمَهْرِ نِسَائِهَا وَالْمِيرَاثِ[1]. وهذا الحديثُ ضعيف؛ لأنه يقال: روايةُ معقل بن يسار، ويقال: معقل بـن سنان، ويقال: بعض بني الأشجع؛ ولذلك علق القول على ثُبُوتِهِ.

فإن ثَبَتَ الحديثُ، وَجَبَ لها المهرُ، وإن لم يَثْبُتْ، ففيه قولان:

أصحهما - وبه قال علي، وزيد، وابن عمر، وابن عباس - رضي الله عنهم -: لا مَهْرَ لَهَا؛ لأن ارْتِفَاعَ نِكَاحِ التفويض قبل الفرض والمسيس - لاَ يُوجِبُ الْمَهْرَ؛ كما لو طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ.

والثاني: يجبُ لها المهر؛ لأن الموتَ كَالدُّخُولِ في تَقْرِيرِ الْمُسَمَّى، كذلك في إيجابِ المهرِ في التفويض.

فمن أصحابنا من قال: القولُ الّذي ذكرنا: إنه يجبُ المهرُ بالعقدِ - يَخْرُجُ من هَذَا. والصحيحُ من المذهبِ: أنه لا يجبُ بالعقد.

وفي وجوبه بالموتِ قَوْلاَنِ.

= الفرض أو تَنَازَعَا فيه فرض القاضي مهر المثل، ويشترط علمه به، حتى لا يزيد عليه ولا ينقص إلاَّ بتفاوت يسير يحتمل عادة، أو بتفاوت المؤجل إن كان مهر المثل مؤجلاً وأن يكون حالاً من نقد البلد وإن رضيت به بالتأجيل، لأن منصبه الإلزام فلا يليق به خلاف ذلك ولا يتوقف ما يفرضه على رضاهما به، فإنه حكم منه ولا يصح فرض أجنبي من ماله؛ لأنه خلاف ما يقتضيه العقد وقيل يصح. ويلزم بالرضا من الزوجة وعليه يلزم الأجنبي ولا شيء على الزوج.

والمفروض الصحيح، كالمسمى، فيتَشَطَّرُ بالطلاق قبل الوطء، ولو طلق قبل فرض ووطء، فلا شرط.

وقيل يجب الشطر، بناء على وجوب مهر المثل بالعقد، ولو مات أحدهما قبلهما لم يجب مهر مثل في الأظهر كذا قاله الرَّافِعِيّ، واعتمد النووي ووجوبه؛ لأن الموت كالوطء في تقرير المسمى فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض وَقَد رَوَى أبو داود، وغيره أن بروع بنت واشق نكحت بلا مهر، فمات زوجها قبل أن يفرض لها فقضى لها رسول الله - ﷺ - «بِمَهْرِ نِسَائِهَا وَبالْمِيراثِ» قال الترمذي، حسن صحيح. ينظر نص كلام شيخنا محمد جَوهر في مهر الزواج.

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٣٧) كتاب النكاح باب فيمن تزوج ولم يسم صداقًا حتى مات حديث (٢١١٤) والنسائي (٦/ ١٢١ - ١٢٢) والترمذي (٣/ ٤٤١) كتاب النكاح: باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها حديث (١١٤٥) وأحمد (٣/ ٤٨٠، ٤/ ٢٨٠).

وفي نِكَاحِ التَّفويض يجوزُ للمرأةِ مطالبةُ الزَّوْجِ بالفرضِ قبل الدُّخُولِ، ولها حَبْسُ نَفْسِهَا عنه حتى يفرض، ويؤدي المفروض، سواء قلنا: وجب بالعقدِ، أو لم يَجِبْ.

وإنما أثبتنا لها ذلك؛ لِيَتَقَرَّرَ لها نصفُ المهرِ.

ولو طَلَّقَهَا قبلَ الدُّخُولِ، وكذلك السيد إذا زَوَّجَ أَمَتَهُ مفوضةً، فله مطالبةُ الزَّوْجِ بالفرضِ.

ثم إنْ تَرَاضَيَا على فرضٍ بأنفسهما جَازَ وَلَزِمَ ـ عينًا كان أو دَيْنًا ـ أكثر من مَهْرِ المثلِ، أو أقل من جنْسِ نقد الْبَلَدِ، أو من غير جِنْسِهِ حالاً أو مؤجلاً، سواء كانا عالميْن بقدرِ مَهْرِ المثلِ أو جَاهِلَيْنِ.

وقيل: إن قلنا: وَجَبَ المهرُ بنفس العقدِ، بشرط أن يَكُونَا عَالِمَيْنِ بمهرِ الْمِثْلِ؛ فإن جَهِلاَهُ أو أحدُهما ـ لم يجز.

ولو فَرَضَ لها شَيْئًا لم تَرْضَ به، فهو كما لو لم يَفْرِضْ.

أما إذا كان الفرضُ من جِهَةِ القاضي بِطَلَبِهَا ـ فلا يجوزُ له أن يَفْرِضَ إلا بنقدِ الْبَلَدِ حالاً، بعد أن كان عالمًا بقدر مَهْرِ المثلِ، حَتَّى لاَ يَزِيدَ على مَهْرِ المثلِ، ولا ينقصَ، رَضِيَتِ المرأةُ أو أَبَتْ؛ كما في تَقْوِيمِ الْمُتْلَفَاتِ، فإن زَادَ أو نَقَصَ لم يجزْ إلا بالقدرِ اليسيرِ الَّذي يقعُ في الاجتهاد.

وإن رَضِيَتِ المرأةُ بِالتَّأْجِيلِ، فالقاضِي يوجبه حالاً، ثم للمرأةِ تَأْخِيرُ المطالبةِ إن شَاءَتْ. وإذا دَخَلَ بها الزوجُ بعد فَرْضِ القاضي، أو بعد تَرَاضِيهِمَا على مَفْرُوضٍ ـ استقرَّ المفروضُ، وكذلك لو مَاتَ.

وإن طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُول فنصف ذلك المفروض كالمسمَّىٰ في العقد، ولو زَوَّجَهَا عَلَىٰ أن لا مهرَ لها في الحال، ولا عند الدُّخول ـ اختلف أصحابُنا فيه: فمنهم مَنْ قال: هي مفوضةٌ؛ كما لو سَكَتَ عن ذِكْرِ المهر، ويجبُ لها المهرُ عند الدُّخُولِ؛ لأن وُجُوبَ المهرِ عند الدُّخُولِ حَقُّ الشَّرْعِ، حتى لاَ يُضَاهَىٰ نِكَاحُ النبيِّ ـ صلى الله عليه وسلم ـ والسفاح؛ فلم يسقطْ بإسقاطها.

وقال أبو إسحاق: يجبُ مَهْرُ المثلِ بالعقدِ قولاً واحدًا؛ لأن شَرْطَ سُقُوطِ المهرِ عِنْدَ الدُّخُولِ شَرْطٌ فَاسِدٌ، والشَّرطُ الفاسدُ عِنْدَ النِّكَاحِ يوجبُ مَهْرَ الْمِثْلِ.

وقال ابنُ أبي هريرةَ: لاَ يَصِحُّ النِّكَاحُ؛ لأن من لا مهر لها بحال مَوْهُوبَةٌ، ولا يحلُّ ذلك لغير النبيِّ ـ صلَّى الله عليه وسلَّم ـ والمفوضة إن لم يَجِبْ لها [مَهْرٌ بالعقدِ، فيجبُ بأمرٍ آخر من فَرْضٍ، أو دُخُولٍ، أو مَوْتٍ في قَوْلٍ.

ولو تَزَوَّجَهَا على أن لا مهرَ لها][(١)] ولا نفقة، أو عَلَىٰ أن لا مهر لها وَتُعْطِي زَوْجَهَا شَيْئًا - فهي مفوضةٌ؛ لأنها شَرَطَتْ [مع سقوطِ][(٢)] المهرِ إعطاءَ شَيْءٍ، فكان أبلغَ في التَّفْوِيضِ، ولا يجبُ عليها إعطاءُ شَيْءٍ.

ولو قَالَتِ المرأةُ: زَوِّجْنِي بِلاَ مَهْرٍ، فَزَوَّجَهَا الوليُّ بالمهرِ - نُظِرَ إن زَوَّجَهَا بمهرِ الْمِثْلِ فأكثر بنقد البلد - صَحَّ ولزمَ، وإن زَوَّجَهَا بِدُونِ مَهْرِ المثلِ، وبغير نَقْدِ البلدِ - فهو كما لو زَوَّجَهَا مفوضةً؛ ولا يلزمُ الْمُسَمَّىٰ.

ولو أَطْلَقَتِ المرأةُ فقالت: زَوِّجْنِي من فُلاَنٍ، فَزَوَّجَهَا الوليُّ بمهرِ المثلِ، أو أكثر - صَحَّ ولزمَ المسمَّى، وإن زَوَّجَهَا بلا مَهْرٍ، أو بدون مَهْرِ المثلِ - ففيه قولان:

أحدهما: لا ينعقدُ؛ لأنه بَخَسَ حَقَّهَا.

والثاني: يَنْعَقِدُ، ويجب مهرُ الْمِثْلِ.

قال الشيخُ - رحمه الله -: وكذلك لو زَوَّجَهَا الوليُّ مطلقًا ولم يُسَمِّ [المهرَ، وإن سَمَّتِ المرأةُ مالاً فقالت: زَوِّجْنِي بألف، فَزَوَّجَهَا الوليُّ بألفٍ فأكثر - صَحَّ ولزم المسمَّى][(٣)] وإن زَوَّجَهَا بأقلَّ من ألف، أو بلا مهر، أو مطلقًا - لا يصحُّ؛ كما لو أَذِنَتْ في زيدٍ، فَزُوِّجَتْ من عمروٍ، وكذلك أمر وكيل الولي.

أما التَّفْوِيضُ الْفَاسِدُ، وهو أن يُزَوِّجَ الأبُ الصَّغيرةَ، أو المجنونةَ، أو السَّفِيهَةَ مفوضةً، أَذِنَتِ السفيهةُ أو لم تَأْذَنْ، أو يزوجَ البكر البالغة دون رِضَاهَا مفوضةً - ففي انْعِقَادِ النِّكَاحِ قَوْلاَنِ:

أصحهما: يَصِحُّ، ويجبُ مَهْرُ المثلِ بِالْعَقْدِ.

وهذا كُلُّهُ في تَفْوِيض الْبُضْعِ.

أما إذا كان التفويضُ في المهر؛ بأن قالت لوليِّها: زَوِّجْنِي بما شَاءَ الزوج، أو بما شَاءَ فُلاَنٌ، أو بما شِئْتَ، فسمَّى الزَّوج أو فلان، وهو شيءٌ معلوم، فَزَوَّجَهَا به - صَحَّ، ولزم المسمَّى، وإن كان دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ.

ولو زَوَّجَهَا بلا مَهْرٍ أو مطلقًا لا يَصِحُّ.

ولو قال الوليُّ في العقدِ: زَوَّجْتُكَهَا بما شِئْتَ، أو بما شَاءَ فُلاَنٌ - يجبُ مَهْرُ المثلِ بنفس العَقْدِ. والله أعلم بالصواب.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

بَابُ تَفْسِيرِ مَهْرِ مِثْلِهَا[1]

كُلُّ موضعٍ أوجبنا للمرأةِ مَهْرَ المثلِ نعني به [مَهْرَ][2] نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا، فيعتبر مهرها بِمَهْرِ امرأةٍ من عَصَبَاتِهَا هي مثلُها في السِّنِّ، والعقل، والعفَّة، والجمال، واليسار، والثيابة، والبكارةِ، والصراحة، وغيرها مِنْ أسباب الكمال؛ لأن المهرَ يَخْتَلِفُ بهذه الأشياءِ، فإن مَهْرَ الثيابةِ أكثرُ من مَهْرِ الْعَجُوزِ، ومهرَ الْجَمِيلَةِ والغنيةِ وَالْبِكْرِ أكثرُ من مَهْرِ مَنْ هي عَلَىٰ خِلاَفِ ذلك، ومهرَ الصريحِ التي أَبَوَاهَا قُرَشِيَّانِ أكثرُ من مَهْرِ الْهَجِينِ التي أمها نبطيةٌ.

فإن كانت فيها خصلةٌ حميدة لم تكن في نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا يُزَاد في مَهْرِهَا، وإن كَانَ فيها نقصٌ ينقص من مَهْرِهَا؛ كما في تَقْوِيمِ الْمُتْلَفَاتِ.

ونساء عصباتها كل امرأةٍ تنسب هذه إليه؛ كَالأَخَوَاتِ [للأبِ والأم][3] أو للأب، وَالْعَمَّاتِ لِلأَبَوَيْنِ أو للأبَ، وبنات الأَخِ والعمِّ [للأب والأم][4] أو للأب ولا يعتبر بِأُمَّهَاتِهَا وجدَّاتها وخالاتها وبنات أَخواتها ولا بنات عَمَّاتِهَا، بخلاف الحيضِ يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ العشيرة؛

---

(١) والفرق بين المثل والشبه والنظير: أن المِثْلَ: هو ما شاركك في كل صفاتك الممكن الاشتراك فيها. والشبه: ما شاركك في أكثر الصفات، والتنظير: ما شاركك في قليل منها.

مهر المثل: هو ما يرغب به في مثلها عادة من نساء عصباتها وإن متن، وهن المنسوبات إلى من تنسب إليه، كالأخت، وبنت الأخ، والعمة دون الأم، والجدة، والخالة.

وتعتبر القربى، فالقربى، فتقدم أخت لأبوين، فلأب، فبنت أخ فبنت ابنه، وإن سفل، فعمة لأبوين فلأب، فبنت عم لأبوين فلأب، فإن تعذر معرفة ما يرغب به في مثلها من نساء العصبات بأن فقدن، أو لم ينكحن أو جهل مهرهن، فأرحام والمراد بالأرحام هنا قرابات الأم بخلاف الفرائض، كجدات وخالات تقدم الجهة القربى منهن على غيرها.

واعتبر الْمَاوَرْدِيُّ الأم فالأخت لها قبل الجدة.

فإن تعذر ذلك اعتبرت بمثلها من الأجنبيات، وتعتبر العربية بعربية مثلها والأمة بأمة مثلها والعتيقة بعتيقة مثلها، وينظر إلى شرف السيد وَخِسَّتِهِ.

فرع. لو كانت نساء العصبات ببلدين هي في أحدهما.

ـ اعتبر نساء بلدها إن استويا.

ويعتبر ما يختلف به غرض كسن، وَعَقْلٍ، وَيَسارٍ، وبَكَارَةٍ، وثيوبة وَجَمَالٍ، وعفة، وعلم، وفصاحة، فإن اختصت عنهن بفضل، أو نقص فرض من لائق بالحال بحسب ما يراه قاض باجتهاده.

ولو جرت عادتهن بالتخفيف في المهر للأقارب فقط، أو لعالم أو شريف اعتبر ذلك في المطلوب مهرها بالنسبة لما ذكر دون غيرهم. ينظر نص كلام شيخنا محمد جوهر في مهر الزواج.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: للأبوين.

(٤) في أ: للأبوين.

لأنه معنى يَرْجِعُ إلى الجِبِلّةِ وَالْخِلْقَةِ، وقد اشْتَرَكَ في خِلْقَتِهَا [الأمُّ والأبُ](١).

ومهرُ المثلِ أَمْرٌ يقعُ به الافتخارُ كَالنَّسَبِ، فاعتبر بنساء النَّسَبِ؛ كالكفاءة تعتبر بِالْعَصَبَاتِ، وتعتبر بالأقربِ فالأقرب من نِسَاءِ الْعَصَبَةِ؛ فيعتبر بالأخواتِ للأب والأم، ثم للأب ثم بنات الإخوة، ثم العمات ثم بنات الأعمام، ويعتبر بِغَالِبِ مَهْرِ نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا في بَلَدِهَا وإن كُنَّ موتى؛ لأنه يَخْتَلِفُ باختلافِ البلدان كقيم المتلفاتِ.

وإن لم يَكُنْ لها في بَلَدِهَا أَحَدٌ منهن، وَنِسَاءُ عَصَبَاتِهَا ببلدٍ آخَرَ؛ فحينئذ يعتبر بِنِسَاءِ عَصَبَاتِهَا ببلد آخر حَيْثُ كُنَّ.

فإن لم يكن لها أَحَدٌ من نِسَاءِ الْعَصَبَة، فيعتبر بالأقربِ فالأقرب من أمهاتها وجدَّاتها وخَالاَتِهَا، فإن عُدِمْنَ، فَبِالأَجَانِبِ من نِسَاءِ بلدها، فإن لم يكن فبأقربِ [النِّسَاءِ](٢) شبهًا بها من أَقْرَبِ البلادِ إليها.

وإن كانت عربيةً يعتبر [بمهرِ غربية](٣) مثلها، وإن كانت مِنَ الْمَوَالِي فبمولاة مثلها في شَرَفِ سيدها وَدَنَاءَتِهِ.

وإن كانت أَمَةً فَبِمَهْرِ مِثْلِ أمة مثلها في بَلَدِهَا.

وإذا أوجبَ الحاكمُ مَهْرَ المثلِ يُوجِبُ مِنْ نَقْدِ البلدِ حالاً كقيم الْمُتْلَفَاتِ، ثم إنَ رَضِيَتِ المرأةُ بالتأجيل، فهو تَبَرُّعٌ منها لا يَلْزَمُ.

وإن كانت عَادَةُ نِسَاءِ عَصَبَتِهَا تأجيلُ المهرِ، أو تأجيلُ بعضه ـ فالحاكمُ يُوجِبُ كُلَّهُ حالاً، وينقص عن مَهْرِهِنَّ بِقَدْرِ ما يقابلُ التَّأْجِيلَ؛ لأنهن إذا أجلن زدن.

ويختلفُ ذلك أيضًا بِاخْتِلَافِ الْخَاطِبِ، فإن الشَّرِيفَ يرغبُ فيهِ بمَهْرٍ أقل، لا يرغب بمثله في الْوَضِيعِ.

وإن كانت عادةُ نِسَاء عَصَبَتِهَا تخفيفَ المهرِ مَعَ الْعَشَائِرِ ـ يُرَاعَىٰ ذلك، فَيُخَفَّفُ مع الْعَشِيرَةِ، بِخلافِ قِيمَة [المتلفاتِ](٤) نوجبها بِكَمَالِهَا.

وإن كان المتلفُ صديقًا، وفي الْعَادَاتِ الْمُحَابَاةُ مع الأصدقاءِ؛ لأن المقصودَ مِنَ النِّكَاحِ الوصلةُ، فيراعى فيه من التودُّدِ والتآلف ما لا يُرَاعى فيما المقصود منه الْمَالُ.

وَكُلُّ نكاحٍ وَجَبَ فيه مهرُ الْمِثْلِ يَتَشَطَّرُ ذلك بالطَّلاق قبل الدخول، ويتقرَّر بالدُّخولِ

---

(١) في أ: الأبوان.

(٢) في أ: الناس.

(٣) في أ: بعربية.

(٤) في أ: المتلف.

والموت إلا المفوضة على قولنا المخرج: إنه يجبُ المهرُ بِالعَقْدِ، ويسقطِ بالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إلى المتعةِ.

وعند أبي حنيفة: لا يَتَنَصَّفُ بمهرِ المثلِ، بل يسقطُ إلى المتعةِ في جميعِ الْمَوَاضِعِ، ونحن نَقِيسُهُ على الْمُسَمَّىٰ. والله أعلم.

بَابُ الاخْتِلَافِ فِي المَهْرِ

إذا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ في الصَّدَاقِ في قَدْرِهِ، أو جِنْسِهِ، أو عَيْنِهِ، أو في أصله: فقال الزوجُ: نَكَحْتُكِ بلا مهر، وقالت: بلى على ألف، أو في الأَجَلِ فيه، أو في قَدْرِ الأَجَلِ - يَتَحَالَفَانِ، سَوَاءٌ كان قبل الدخول أو بعده في حَالِ بَقَاءِ النِّكَاحِ، أو بعد الْفِرَاقِ، فإذا تَحَالَفَا انْفَسَخَ الصَّدَاقُ، وَيَجِبُ لَهَا مهرُ الْمِثْلِ.

وإن زَادَ على المسمَّى الذي تَدَّعِيهِ، فَالنِّكَاحُ بِحَالِهِ.

وقال أبو حنيفة: إن كان بَعْدَ الدُّخُول، فالقولُ قولُ الزَّوْجِ، [وإن كان قبله، فالقولُ قولُها في قَدْرِ الْمَهْرِ، وفيما زَادَ القولُ قولُ الزَّوْجِ][1].

وقال مالك: إن كان بعد الدُّخُولِ، فالقولُ قولُ الزَّوْجِ، وإن كان قبله تَحَالَفَا، ويبدأ بِالتَّحَالُفِ بِالزَّوْجِ.

وكذلك لو وَقَعَ الاختلافُ بين وَرَثَةِ الزَّوْجَيْنِ بعد موتهما، أو بعد مَوْتِ أَحَدِهِمَا، [ووقع بين وَارِثِهِ والآخر][2] - يَتَحَالَفَانِ، إلا أن الزَّوْجيْن بأنفسهما يَتَحَالَفَانِ على الْبَتِّ في النَّفْيِ والإثباتِ جميعًا. والوارث يَحْلِفُ على [نَفْيِ][3] العلمِ فيما ينفي، وعلى البتِّ فيما يثبُت، فيقول وَارِثُ الزَّوْجِ: واللَّهِ لا أَعْلَمُ أن مُوَرِّثِي تَزَوَّجَكِ على ألف، إنما تَزَوَّجَكِ على خَمْسِمَائَةٍ، ويقول وَارِثُ المرأة: والله لا أعلم أنكَ تَزَوَّجْتَهَا على خمسمائة، بل تزوجتَها على أَلْفٍ.

وإذا اختلف الزَّوْجُ وأَبُو الصَّبيةِ البكرِ: فقال الأب: زَوَّجْتُكَهَا بألفٍ، وقال الزوجُ: بل بخمسمائة - يَتَحَالَفَانِ كَالزَّوْجَيْنِ، لأن الوليَّ هو المباشرُ.

وقيل: لا يحلفُ الأبُ، بل يَتَوَقَّفُ حتى تَبْلُغَ الصبيةُ، ثم يَتَحَالَفَانِ، أو يحلف الزَّوجُ في الْحَالِ وتوقف يمين الصَّبيةِ حتى تَبْلُغ، فإن بَلَغَتِ الصَّبِيَّةُ قبل التَّحَالُفِ - تَحْلِفُ الصبيةُ

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

بالاتفاقِ لا الأب، وتحلفُ فيما تَنْفِي على [نفي][١] الْعِلْمِ؛ لأنها لم تُبَاشِرْ.

والاختلافُ في حَقِّ الصَّبِيَّةِ إنما يكونُ فيما زَادَ على مَهْرِ المِثْلِ، بأن كان مَهْرُهَا ألفًا، فقال الولي: زَوَّجْتُكَهَا بألفيْنِ، والزوجُ يقول: بألف.

فأما إذا كان الزوجُ يقول: بخمسمائة، والوليُّ يقولُ: بألف - فلا مَعْنَىٰ لِلِاخْتِلَافِ؛ لأن الوليَّ إذا نقص عن مَهْرِ المثلِ يَجِبُ لها المثل كاملاً بالعقد.

وإن كان الزَّوْجُ يقرُّ بأكثر من مَهْرِ المثلِ؛ بأن يكون مهرُها ألفًا، والزوجُ يَقُولُ: نَكَحْتُهَا بألفين، والولي يَدَّعِي عليه ثلاثةَ آلافٍ - فلا يَتَحَالَفَانِ، ويأخذ الوليُّ ألفين؛ لأنهما إذا تَحَالَفَا يعودُ مَهْرُهَا إلى ألفٍ.

فلو اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ في أداءِ الْمَهْرِ، فقال الزوجُ: أديت وأنكرت - فالقولُ قولُها مَعَ يَمِينِهَا؛ لأن الأصلَ انشغالُ ذِمَّتِهِ بِحقها، سواءٌ كان قَبْلَ الدُّخُولِ أو بَعْدَهُ.

وقال مالك: إن كان قبلَ الدُّخُولِ، فالقولُ قولُها، وإن كان بعد الدُّخُولِ فالقولُ قولهُ؛ لأن الظَّاهر أنها لا تُسَلِّمُ نَفْسَهَا إلا بَعْدَ قَبْضِ المهرِ.

وإن كان الصداقُ تعليمَ سورةٍ، فقال الزوجُ: علَّمْتُكَهَا، وأنكرت - نظر إن كانت المرأةُ لا تُحْسِنُ تلكَ السورةَ، فالقولُ قولُها، وإن كانت تُحْسِنُهَا - فوجهان:

أحدهما: القولُ قولُها؛ لاحتمال أنها تَعَلَّمَتْ من غَيْرِهِ، والأصلُ انشغالُ ذِمَّتِهِ بِالصَّدَاقِ.

والثاني: القولُ قولُه مع يمينه؛ لأن الظَّاهِرَ مَعَهُ.

ولو اتَّفَقَا على قَبْضِ مَالٍ، واخْتَلَفَا في الْجِهَةِ: فقالت [المرأة][٢]: كان المقبوضُ هَدِيَّةً، وقال الزوجُ: كان صَدَاقًا - فالقولُ قولُه مع يمينه؛ لأنه أَعْلَمُ بِنِيَّتِهِ، سواء كان المقبوض من جِنْسِ الصَّدَاقِ، أو لم يكن، من طعام أو غيره.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ - رحمه الله -: إن كان شيئًا [آخر][٣] لاَ يُدَّخَرُ، فالقولُ قولُها، فإذا حَلَفَ إن كان المقبوضُ من جِنْسِ الصَّدَاقِ - وقع عنه، وإن كان من غَيْرِ جِنْسِهِ، فإن شَاءَ بَاعَهُ عنها بِالصَّدَاقِ إن كان قَائِمًا، وإن شَاءَ اسْتَرَدَّهُ، وأعطاها الْمَهْرَ، وإن كان تَالِفًا أَخَذَ بَدَلَهُ.

أما إذا بعث إلى بيت مَنْ لا دَيْنَ له عَلَيْهِ شيئًا، ثم قال: بعوضٍ وأنكر - فالقولُ قولُ القابض.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

ويجوزُ للوليِّ قبضُ الصَّدَاقِ للصَّغيرة، والمجنونةِ، والسَّفيهة من زَوْجِهَا، ولا يجوزُ قَبْضُ الصَّدَاقِ للبالغةِ الرَّشِيدَةِ إلا بِإذْنِهَا، أبًا كان الوليُّ أو جدًّا، ولا يبرأُ الزَّوْجُ بِالدَّفْعِ إليه.

وفي القديم قولٌ آخرُ: أنه يجوز للأبِ والجدِّ قبضُ صَدَاق الْبِكْرِ البالغةِ دون إِذْنِهَا، ويبرأ الزوجُ بِالدَّفْعِ إليها؛ كما يجوز لهما إجبارُها على النِّكَاحِ، وهذا على قولنا: إن الذي بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ هو الوليُّ.

وعند أبي حنيفة: يجوز لَهُ قَبْضُ صَدَاقِهَا، إلا أن تَنْهَىٰ عَنْهُ. والله أعلم.

بَابُ الشُّرُوطِ فِي المَهْرِ

رُوِيَ عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ، عَنْ رَسُولِ اللهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»[1].

كلُّ شرطٍ يَقْتَضِيهِ النِّكَاحُ، فذكره في العقد لا يضرُّ؛ وذلك مِثْلُ أن يَتَزَوَّجَهَا على أن يُنْفِقَ عليها، ويقسمَ لها، ويطأها، ولا تخرجُ إلا بإذنه، وأن له أن يُسَافِرَ بها إن بَدَا له، أو يَتَزَوَّجُ عَلَيْهَا إن شَاءَ، ويجوزُ ذَلِكَ.

وإن شرط لَهَا مالاً يَقْتَضِيهِ العقدُ لا يبطلُ به النِّكَاحُ، ويفسد الصَّدَاقُ، ويجبُ لها مَهْرُ المثلِ، سواء كان الشَّرْطُ لَهَا أَوْ عَلَيْهَا.

أما مالها مثل أن شَرَطَ أَلاَّ يتزوَّج عليها، أو لا يَتَسَرَّىٰ عليها، أو يُطَلِّقَ ضَرَّتَهَا، أو تَخْرُجُ مَتَىٰ شَاءَتْ، أو لا يخرجها من بَلَدِهَا ولا يُطَلِّقُهَا.

وما عليها: مثل أن شرط أَلاَّ ينفقَ عليها، ولا يقسمَ لها، ويجمعَ بينها وبين ضَرَّتِهَا في مَسْكَنٍ واحدٍ، ونحو ذلك.

وسواء زَادَ في المهرِ حَيْثُ شَرَطَ لها، أو نَقَصَ حيث شَرَطَ عليها، أو لم يَزِدْ ولم يَنْقُصْ.

ولو نَكَحَهَا على أنه إن أَخْرَجَهَا عن الْبَلَدِ ـ فمهرُها أَلْفَانِ، وإن لم يُخْرِجْهَا فمهرها أَلْفٌ ـ فلها مَهْرُ المثلِ، أَخْرَجَهَا أَوْ لَمْ يُخْرِجْهَا.

وقال أبو يوسف: إن أَخْرَجَهَا فعليه ألفانِ، وإلاَّ فألفٌ؛ كما شَرَطَ.

ولو تَزَوَّجَهَا على أَلاَّ يَطَأَهَا، قال في موضع: فَسَدَ النِّكَاحُ.

وقال في موضع: لا يفسدُ.

---

(١) تقدم تخريجه.

قال الربيع: لَيسَتْ عَلَىٰ قَوْلَيْنِ، بل هي عَلَىٰ حالين؛ وهو كما قَالَ الربيعُ: حيث قال: يفسدُ إذا شَرَطَتِ المرأةُ على الزَّوْجِ أَلاَّ يُطَلِّقَهَا، أو لا يَطَأَهَا إلا أن تَشَاءَ هي ـ: لا يصحُّ النِّكَاحُ، لأنها شَرَطَتْ مَنْعَ حَقِّ الزوج وَمَقْصُود النِّكَاحِ.

وحيث قال: لا يفسد، أراد به إذا شَرَطَ الزوجُ ألا يطلقها وَلاَ يَطَأَهَا، إلا أن يَشَاءَ هو، أو لا يطأها في السنة إلا مرة؛ فلا يبطل النِّكَاحُ؛ لأن الوطءَ حَقُّهُ، وهذا كَرَجُلٍ له على فقير دَيْنٌ، فقال الفقير له: ادْفَعْ إليَّ دينارًا عن الزكاة؛ حتى أُؤَدِّيَ دَيْنَكَ منه، [فدفع][1] جاز عن الزَّكَاةِ، والفقيرِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَدَّى دَيْنَهُ منه، وإن شَاءَ لم يُؤَدِّ منه، وَأَدَّىٰ من غيره.

ولو قال رَبُّ المالِ: خُذْ هَذَا الدِّينَارَ عن الزكاة، بشرط أن تَرُدَّهُ عَلَيَّ مِنْ دَيْنِي ـ لا يجوزُ عن الزَّكَاةِ، ولا قضاء الدين منه.

ولو عَقَدَ النِّكَاحَ بألفٍ على أَنَّ لأبيها أَلفًا ـ صَحَّ النِّكَاحُ، وفَسَدَ المسمَّى، ولها مَهْرُ المثلِ؛ لأن قوله: على أن لأبيه ألفًا، إن أراد سوى الصَّدَاق فهو عَقْدٌ في عَقْدٍ، وإن أراد ألف الصَّداق فقد شَرَطَ بدَل المتعةِ لغيرِ الْمَرْأَةِ؛ وذلك لا يجوز؛ كما لو شَرَطَ في البيعِ بَعْضَ الثَّمَنِ لغيرِ الْبَائِعِ. هذا قوله الجديد.

وذكر في القديم ما يدُل على أن الشَّرْطَ يلغُو، ويصحُّ المسمَّىٰ، فقال: إن تَزَوَّجَ امرأةً على أَنَّ لها أَلفًا ولأبيها أَلفًا، ولأمها أَلفًا ـ بَطَلَ الشَّرْطُ، والألوف لها؛ لأنه شرطها في مُقَابَلَةِ الْبُضْعِ، وهي مالكةٌ لِلْبُضْعِ، فَحَصَلَ قَوْلاَنِ في فَسَادِ التَّسْمِيَةِ.

ومن أصحابنا مَنْ قال: المسمَّى فَاسِدٌ قولاً واحدًا، ولها مهرُ المثلِ.

وما [قال][2] في القديمِ أَرَادَ إذا نَكَحَهَا على ثلاثةِ آلافٍ، فشرطت هِيَ على نَفْسِهَا أن يَدْفَعَ أَلفًا إلى أبيها، وأَلفًا إلى أُمِّهَا؛ فهو وَعْدٌ من جِهَتِهَا لا يلزمُها، ولا يضر العقد.

ثم ذكر الْمُزَنِيُّ بعد هذا مسألةً تُشْبِهُ الأولى في الصُّورة ـ والحكم بخلافه ـ فقال: إن نَكَحَ امرأةً على ألفٍ، وعلى أن يُعْطِيَ أَبَاهَا أَلفًا ـ كَانَ جائزًا.

وصورةُ هذه المسألةِ أن يَنْكِحَهَا على أَلْفَيْنِ، على أن يُعْطِيَ إحدى الألفين إلى أَبِيهَا، فلا يفسدُ المسمّى؛ لأنه ليس بِشَرْطٍ، بل وَعْدٌ جَمِيلٌ منها بأن تَهَبَ إِحْدَى الأَلْفَيْنِ من الأَبِ، أو وكلت الأب بقبضِ إِحْدَى الأَلْفَيْنِ لها، ووعدُ هِبَةِ الصَّدَاقِ للأبِ من المرأةِ أو لِوَكِيلِهِ بقبضه ـ لا يُؤَثِّرُ في العقدِ، هذا إذا كان مِنْهَا على سَبِيلِ الْوَعْدِ.

فإن كان على سَبِيلِ الشَّرْطِ يفسدُ المسمَّى أيهما شرط.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ذكر.

وقيل: إن شَرَطَتْ هِيَ لاَ يَفْسَدُ المسمَّى، وإن شَرَطَ هو عليها يَفْسَدُ الْمُسَمَّى؛ لأنه شَرَطَ عليها من مِلْكِهَا ما لا يقتضيه العقدُ.

إذا شَرَطَ الخيارَ في النِّكَاحِ، نظر: إن شَرَطَ في المنكوحةِ لا يصحُّ النِّكَاحُ؛ لأنه معاوضةٌ لا يثبت فيه خِيَارُ الشَّرْطِ؛ فيفسد بشرط الخيار فيه كالصرف.

وعند أبي حنيفة: يصحُّ النِّكَاحُ ويبطُل الشَّرْطُ.

أما إذا شرط الخيارَ في الصَّدَاقِ لهما أو لأحدهما ـ يصحُّ النِّكَاحُ، ويفسدُ المسمَّى، ويجبُ لها مَهْرُ المثلِ، وقال في القديم: يَفْسَدُ النِّكَاحُ.

واختلفوا في وَجْهِ فَسَادِهِ.

منهم من قال: إنما يفسدُ لِفَسَادِ الشَّرْطِ، وقال في جَمِيعِ الشُّرُوطِ الفاسدةِ: يَفْسَدُ النِّكَاحُ في القديمِ.

ومنهم مَنْ خَصَّهُ بِشَرْطِ الخيارِ، وقال: لأن الخيارَ في أَحَدِ الْعِوَضَيْنِ يوجبُ الْخِيَارَ في الثَّانِي، ويصيرُ كأنه شرط الخيار في الْمَنْكُوحَةِ. والله أعلم.

بَابُ عَفْوِ المَهْرِ

قَالَ الله تعالى: ﴿وإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَنْ يَعفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ. . . . .﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآية.

المرادُ من الآيةِ: أن الزَّوْجَ إذا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بها ينتصفُ الصَّدَاقُ، فلا يَجِبُ على الزَّوْجِ إلا نِصْفُهُ.

قوله: «[إلاَّ][1] «أن يَعفُونَ» المرادُ منه: الزَّوْجَانِ معناه: إلا أن تَعْفُو المرأةُ عن حَقِّهَا، فيعود جميعُ الصَّدَاقِ إلى الزَّوْجِ.

وقوله: «أَوْ يَعْفُو الذي بِيَدِه عُقْدَةُ النِّكَاحِ».

اختلفوا فيه: فقال قوم: أراد الزَّوج، وهو قولُ علي؛ وبه قال سعيد بن المسيب، وشريح، ومجاهد، ومذهب أبي حنيفة، وقول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في الجديد معناه: أو يعفو الزوجُ عن حَقِّهِ، فيخلصُ لَهَا جميع الصَّدَاقِ.

وقال قوم: الَّذِي بِيَدِهِ عقدة النِّكَاحِ وَلِيُّ المرأةِ، وهو قولُ ابن عباس، والشافعي ـ

---

(١) سقط في أ.

رضي الله عنه ـ في القديم؛ لأن عُقْدَةَ النِّكَاحِ في الحالِ بيده، وأما الزوجُ فكَانَ بيده قَبْلَ الْفِرَاقَ، معناه: يَتَنَصِفُ الصَّدَاقُ، إلا أن تعفو المرأةُ عن حَقِّهَا إن كانت مِنْ أَهْلِ العفو، أو يعفو وليُّها إن لم تَكُنْ هي من أَهْلِ العفوِ، فيعود كُلُّ الصَّدَاقِ إلى الزَّوْجِ، وخرج مِنْ هَذَا أنه لا يجوزُ للوليِّ أن يُبَرِّىءَ الزَّوْجَ عن صَدَاقِ وَلِيَّتِهِ الثَّيِّبِ.

فإن كانت بكرًا فالمذهبُ أيضًا أنه لا يجوزُ، وهو قولُه الجديد.

وعلى قوله القديم: يَجُوزُ للأبِ، وللجد أن يُبَرِّىءَ عن صَدَاقِ الْبِكْرِ الصَّغِيرَةِ العاقلةِ بعد ما طَلَّقَهَا الزوجُ، ويختصُّ بالأبِ والجدِّ؛ لأن كَمَالَ شَفَقَتِهِمَا يمنعهما من تَرْكِ النَّظَرِ للولدِ، فقد يريان النَّظر في العفوِ ترغيبًا لِلخُطَّابِ فيها، ولا يجوزُ قبل الطَّلَاقِ؛ لأن الزَّوْجَ ربما يدخلُ بها بعد الإبراءِ، فيفوت بُضْعُهَا مَجَّانًا.

ويشترطُ أن تَكُونَ عاقلةً؛ لأن المجنونةَ لا يُرْغَبُ في نِكَاحِهَا، فلا يجوزُ إسقاطُ حَقِّهَا طَمَعًا لِرَغْبَةِ الْخُطَّابِ فيها، وأن يَكُونَ الصَّدَاقُ دَيْنًا في ذِمَّةِ الزَّوج، فإن كان قد قَبَضَهُ أو كان عينًا لا يجوزُ إبطالُ حَقِّهَا عن الْعَيْنِ.

وهل يجوزُ الإبراءُ عن صَدَاقِ الْبِكْرِ البالغةِ عَلَىٰ هَذَا القولِ؟ فيه وجهان:

الأصح: لا يجوزُ؛ لأنه لا يلي مالها، فإذا عَفَا أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عن نَصِيبِهِ [كان مِنَ الصَّداقِ بعد الطلاق قبل الدُّخُولَ لا يخلو؛ إما أن](١) كان الصَّدَاقُ عَيْنًا أو دَيْنًا.

فإن كان عينًا نُظِرَ: إن كان [عينًا](٢) في يَدِهِ [فكان](٣) هو العافي، فهو هبةُ نصفه، فلا بد من تَمْلِيكِهِ وقبولها وقبضها.

وإن كانت هي العافية؛ فهو كما لو وَهَبَ شيئًا من إنسان، وهو في يَدِ المتهب، فيشترط التَّمليك والقبول، ومضى إمكان الْقَبْضِ، فهل يجوزِ هَذَا التمليكُ بلفظ الْعَفْوِ من الْجَانِبَيْنِ؟ فيه وَجْهَانِ:

أصحهما: يجوزِ لِظَاهِرِ الْقُرْآنِ.

والثاني: لا يجوزُ كَسَائِرِ التَّمْلِيكَاتِ والمرادُ بالآية إذا كان الصَّدَاقُ دَيْنًا، وإن كان عَيْنُ الصَّدَاقِ في يَدِهَا؛ فإن كانت هي العافية، فلا بدَّ من التَّمْلِيكِ، وكان القبُولَ والتَّسليمُ، وإن كان هو العافي فَلَا بُدَّ من الْقَبُولِ، وَمَضَىٰ إمكانُ القبضِ ـ كما ذكرنا في جَانِبِ الزَّوْجِ.

وإن كان الصَّدَاقُ دَيْنًا، أو كان بعد تَلَفِ العينِ، فإن كان العافي مَنْ هُوَ في ذِمَّتِهِ فلا بدَّ

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

من أن ينفذَ ويملكَ، ويقبله الآخر ويقبضه.

وهل يجوزُ بلفظ الْعَفْوِ؟ فعلى الوجهين.

وإن كان الْعَافِي هو الآخر، فيجوز بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ والإبراءِ والعفو، ولا يحتاجُ إلى الْقَبُولِ؛ لأنه مَحْضُ إسْقَاطٍ.

فَصْلٌ فِيمَا لَوْ عَادَ الصَّدَاقُ إِلَى الزَّوْجِ

إذا عاد الصَّدَاقُ إلى الزَّوجِ، ثم طَلَّقَهَا قَبلَ الدُّخول ـ نظر إن عَادَ إليه من جِهَةِ أجنبيٍّ، أو عَادَ إليه من جِهَتِهَا بعقدِ مُعَاوَضَةٍ ـ فالزوجُ يرجعُ بِنِصْفِ قيمتِه.

وإن وهبت الصَّدَاق منه، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخول ـ فهل للزَّوج أن يَرْجِعَ عليها بِنِصْفِ قيمَتِهِ، أو نصف قِيمَةِ مثله إن كان مثليًّا؟ ـ فيه قولان.

وكذلك لو ارْتَدَّتْ قبل الدُّخُولِ بعد ما وهبت الصَّداق منه، أو فَسَخَ أحدُهما النِّكَاحَ بِعَيْبٍ وجد بصاحبه، هل يَرْجِعُ؟ لأن الصَّدَاقَ عَادَ إليه بملكٍ جَدِيد؛ كما لو بَاعَتْ منه.

والثاني ـ وهو الأصحُّ، واختيارُ المزنيِّ: لا يرجعُ عليها بِشَيْءٍ؛ لأنها عَجَّلَتْ لَهُ ما كان يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ؛ كما لو عَجَّلَ الزَّكَاةَ قبل الحَوْلِ لا يطالب بها بعد الحَوْلِ.

أما إذا كان الصَّدَاقُ دينًا، نظر إن قبضته ثم وهبت منه، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ـ فهو كما لو كان [عَيْنًا][1] فوهبت منه، وإن لم تَقْبِضْهُ وَأَبْرَأَتْ ذِمَّتَهُ، ثم طَلَّقَهَا ـ هل يرجعُ عليها بِنِصْفِهِ؟

وإن ارْتَدَّتْ فبكله فقد قِيلَ: فيه قَوْلَانِ كالعين.

والصحيحُ من الْمَذْهَبِ: أنه لا يرجعُ بشيءٍ قولاً واحدًا، وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلم؛ لأنها لم تَأْخُذْ منه شيئًا، فَصَارَ كما لو لم يُسَمِّ لها مَهْرًا.

وعند أبي حنيفة: إن كان الصَّدَاقُ متقومًا أو مِثْلِيًّا متعينًا، فوهبت منه ـ لا يرجع عليها بِشَيْءٍ، وإن كان مثليًّا في الذِّمَّةِ فقبضته، ثم وهبت منه نصف الصَّدَاقِ، ثم طَلَّقَهَا الزوجُ قبل الدخول ـ هل يرجع عليها بِشَيْءٍ؟

هذا ينبني على هِبَةِ الْكُلِّ.

إن قلنا هناك: يرجعُ فيها، فها هنا يرجع بِنِصْفِ الصَّدَاقِ، ثم هَلْ يَأْخُذُ النِّصْفَ القائمَ كُلَّهُ أم يأخذ نِصْفَ ما هو قَائِمٌ في يَدِهَا، ونصف ما فات؟:

---

(١) في د: عبدًا.

فيه قولان؛ كما لو أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، فهلك أحدُهما، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخولِ ـ هل يَأْخُذُ جَمِيعَ العبدِ القائم، ويكون التَّالِفُ مِنْ حَقِّهَا، أم يَأْخُذُ نصفَ الصَّدَاقِ، ونصف قِيمَةِ الْهَالِكِ، ويُجْعَلُ الْهَالِكُ من حَقِّهَا جميعًا؟ فيه قولان.

فإن قلنا: إن هِبَةَ الْكُلِّ لا يَنْبَنِي عليها شَيْءٌ؛ فها هنا أقوال:

أصحُّها: [لا يرجعُ عليها][1] بشيء، وقد تَعَيَّنَ حَقُّهُ في النِّصْفِ الذي عَادَ إليه.

والثاني: يَأْخُذُ جَمِيعَ النِّصْفِ الْبَاقِي، ويجعل الموهوب من خَالِصِ حَقِّهَا.

والثالث: يرجعُ عليها بنصف ما بقي في يَدِهَا، وهو ربعُ الجملةِ، ويجعل الفائت بالهبة من الْحَقَّيْنِ جَمِيعًا؛ لأنها وهبت مشاعًا، فجعل كأنها عَجَّلَتْ نِصْفَ حَقِّهِ، ووهبت منه نصف حَقِّهَا.

وعلى هذا لو بَاعَ عَبْدًا بِثَوْبٍ، ثم وهب مشتري الثوب الثوب من بَائِعِهِ، ثم وجدَ بَائِعَهُ بالعبد عيبًا، فأراد رَدَّهُ في حالِ قِيَامِ العبدِ، واسترداد قيمة الثَّوب، أو بعد تلف العبدِ أَرَادَ أَخْذَ الأَرْشِ ـ هل له ذلك أم لا؟

فعلى وجهيْن بناءً على قَوْلَيْ هِبَةِ الصَّدَاقِ.

وإن بَاعَ الْعَبْدَيْنِ، ثم أبرأه عن الدَّيْنِ، ثم وجد مُشْتَرِي العبدِ به عيبًا، وأراد ردَّه، وأخذ الثمن، أو كان تالفًا أَرَادَ أَخْذَ الأَرْشِ ـ فهو كما لو كان الصَّدَاقُ دَيْنًا فأبرأته.

أما إذا اشْتَرَىٰ شيئًا، ثم وهب المشتري المبيعَ من الْبَائِعِ قبل دَفْعِ الثَّمَنِ، ثم أفلس ـ فالبائعُ يُضَارِبُ الغرماءَ بِالثَّمَنِ قولاً واحدًا؛ لأن حَقَّهُ في الثَّمَنِ، ولم يصل إليه الثمنُ.

فَصْلٌ فِيمَا لَوْ خَالَعَ قَبْلَ الدُّخُولِ

إذا خَالَعَ الرجلُ امرأَتَهُ قبل الدُّخول ـ نُظِرَ، إن خَالَعَهَا على شَيْءٍ غير الصَّدَاقِ يثبت له عليها الْمُسَمَّىٰ فِي الْخُلْعِ، ولها عليه نِصْفُ الصَّدَاقِ.

وإن خَالَعَهَا على الصَّدَاقِ لا يخلو إما أن خَالَعَهَا على جَمِيعِ الصَّدَاقِ، أو على نِصْفِهِ، فإن خَالَعَهَا على جَمِيعِهِ ـ عينًا كان الصَّدَاقُ أو دَيْنًا ـ فقد خَالَعها على مَالٍ له، ومال لها؛ لأن نِصْفَ الصَّدَاقِ يعودُ إليه بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخول، والبينونة واقعة لا يصحُّ تسميةُ نصيبه.

وفي صِحَّةِ تَسْمِيَةِ نَصِيبِهَا قَوْلَانِ.

---

(١) سقط في أ.

فإن قلنا: لا يصحُّ، فنصفُ الصَّدَاقه لها ثَابِتٌ، ويجبُ له مهرُ المثلِ على أَصَحِّ القولين.

وعلى الثَّاني: قيمة الْعَيْن إن كَانَ الصَّدَاقُ عينًا، وإن كان دَيْنًا فمثلُه.

وإن قلنا: يصحُّ تسميةُ نصيبها، فهل يرجعُ الزَّوْجُ عليها بِشَيْءٍ؟ فيه قولان:

أحدهما: [لا يرجعُ عليها](١) بشيءٍ، وجعل كأن الْخُلْعَ وَقَعَ على نَصِيبَهَا من الصَّدَاقِ فحسب.

والثاني: يرجعُ عليها بِنِصْفِ بَدَلِ الْخُلْعِ، وهو نصفُ مَهْرِ المثلِ في قول، ونصف قيمة الْعَيْنِ في الآخرِ.

فأما إذا خَالَعَهَا على نِصْفِ الصَّدَاقِ ـ نظر إن قال: خَالَعْتُكِ على نَصِيبِكِ صَحَّ، ويسقطُ عن الزَّوْجِ جميعُ الصداق إن كان دَيْنًا، وإن كان عَيْنًا عَادَتْ إليه كُلُّهَا، وإن خَالَعَهَا على نِصْفِ الصَّدَاقِ مطلقًا فقولان:

أحدهما: يَنْصَرِفُ إلى نصيبها.

والثاني ـ وهو الأصحُّ: يقع شَائِعًا، فكأنه خَالَعَهَا على نِصْفِ نَصِيبِهِ ونصف نَصِيبِهَا، فَلاَ يَصِحُّ تسميةُ نِصْفِ نصيبه.

وفي نِصْفِ نصيبها قولان:

إن قلنا: لا يصحُّ، فنصف الصَّدَاقِ لها بَاقٍ، وعليها بَدَلُ الْخُلْعِ في قول كمال مَهْرِ الْمِثْلِ، والآخر نصف قيمة الْعَيْنِ.

وإن قلنا: يصحُّ في نصف نَصِيبِهَا، فهل يرجعُ [الزوجُ](٢) عَلَيْهَا بِشَيْءٍ؟

فعلى قولين كما ذكرنا: أحدهما: لا، وجعل كأن الخلعَ وَقَعَ على نِصْفِ نصيبها من الصَّدَاقِ.

والثاني: يرجعُ عليها بِنِصْفِ بَدَلِ الْخُلْعِ، وهو نصفُ مَهْرِ المثلِ في قول.

وفي الثَّاني: ربعُ قِيمَةِ الْعَيْنِ.

فَصْلٌ فِيمَا لَوْ نَكَحَ عَلَى مَهْرٍ فَاسِدٍ

إذا نَكَحَ امرأةً على مَهْرٍ فَاسِدٍ من خَمْرٍ، أو خنزير، أو نحوه ـ يجبُ لها بالعقدِ مَهْرُ الْمِثْلِ، فلو أبرأته عن العقدِ، أو عن المسمَّى الفاسد ـ لا يصحُّ الإبراءُ، فلو أبرأته عن مَهْرِ

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

المثلِ إن كان معلومًا عندها يصِّحَ، والاعتبار بعلمها.

وإن كانت جَاهِلَةً فقولان:

أصحهما: لا يصحُّ للجهل.

والثاني: يبرأ عن أَقَلِّ ما يُتَيَقَّنُ، وهو القدرُ الذي يُعْلَمُ أنه لا ينقصُ عنه.

فإذا نَكَحَهَا مفوضةً، ثم أَبْرَأَتِ الزوجَ عن الفرض ـ لاَ يَسْقُطُ حقُّها، بل لها طَلَبُ الْفَرْضِ.

ولو أَبْرَأَتْهُ عن مَهْرِ المثلِ قَبْلَ الدُّخول، إن قلنا: لا يجبُ المهرُ بالعقد ـ لا يصحُّ الإبراءُ؛ لأنه أَبْرَأَ قبل الوجوبِ.

وإن قلنا: يَجِبُ بالعقدِ، أو أبرأته بعد الدخول ـ يصحُّ إن كان مَعْلُومًا عِنْدَهَا.

ولو أَبْرَأَتْهُ عن المتعةِ قبل الطَّلاَقِ لا يصحُّ؛ لأنها لم تَجِبْ بعد، وإن أَبْرَأَتْ بعد الطَّلاَقِ، فهو كالإبراءِ عن الْمَجْهُولِ.

وإن تيقن أن مَهْرَهَا لا ينقصُ عن الألفِ، ولا يزيدُ على الألفين ـ فالوجهُ أن تبرئه عن ألفين، فإن قَبَضَتِ الأقلَّ وهو الألفُ، وحللته أو أبرأته مما بين ألف إلى ألفين صح، ثم بَانَ أن مَهْرَهَا أَلْفَانِ فأقل ـ فقد بَرِىءَ عَنْهُ، وإن بَانَ أكثر من ألفين تجبُ عليه تلكَ الزيادةُ.

وكذلك إن دَفَعَ إليها الأكثرَ وهو ألفان، وحلَّلها ما بين ألف إلى ألفين ـ صح، ولو بَانَ أن مهرها أقلُّ من ألف مثلاً تسعمائة ـ يجب عليها رَدُّ مائة؛ لأن التَّحْلِيلَ لَمْ يَقَعْ عنها، إن كان هذا من جهتها صَحَّ بلفظ الإبراءِ التَّحليلِ والإسقاط والعفو.

وإن كان من جِهَتِهِ بأن أَعْطَىٰ الأكثر، فلا يَصِحُّ إلا بِلَفْظٍ صَالِحٍ لِتَمْلِيكِ الأَعْيَانِ، إلا أن يَكُونَ ما قبضت هَالِكًا، فيصح بلفظ الإبراءِ والتَّحْلِيلِ والعفوِ. والله أعلم.

بَابُ الحُكْمِ فِي الدُّخُولِ وَإِغْلاَقِ البَابَ

يجوزُ للمرأةِ حَبْسُ نَفْسِهَا عن الزَّوجِ لاستيفاءِ جَمِيعِ الصَّدَاقِ حالاً إن كَانع الصَّدَاقُ حالاً، وإن كان مُوَجَّلاً لم يكن لها حَبْسُ نفسها عنه لاستيفائه؛ لأنها رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِ حَقِّهَا وإن حَلَّ الأجلُ؛ لأن العقدَ لم يثبت لها ذلك؛ هذا كما أَنَّ الْبَائِعَ يَجُوزُ له حَبْسُ [المبيعِ لاستيفاء الثمن، إلاَّ أنْ يكون الثَّمَنُ مُوَجَّلاً، فليس له ذلك وإن حَلَّ الأجلُ.

وإن كَانَ بَعْضُ][1] الصَّدَاقِ حالاً، والبعضُ مؤجَّلاً ـ لها مَنْعُ النَّفْسِ لاستيفاءِ الْقَدْرِ

---

(1) سقط في أ.

الحالّ. وإن كانت المرأةُ صغيرةً أو مَجْنُونَةً يَجُوزُ لوليِّها - مَنْعُهَا حتى يَقْبِضَ الصداقَ.

وإن قَبَضَتِ الصداقَ، أو كان مُؤَجَّلاً - لَزِمَهَا التَّمْكِينُ، وتسليمُ النَّفْسِ إذا طَلَبَ الزوجُ ولم يَكُنْ لها عُذْرٌ، فإن اسْتَمْهَلَتْ يومًا أو يومين لِتُصْلِحَ شَأْنَهَا - أُمهلت، ولا تجاوزُ في الإمهال ثَلاثَةَ أيام.

فإن كانتِ المرأةُ حَائِضًا أو نُفَسَاءَ عليها تَسْلِيمُ النَّفس، [ولكن لا يَطَؤُهَا الزوجُ؛ كما لو كانت رَتْقَاءَ أو قَرْنَاءَ يَجِبُ عليها تسليمُ النَّفس][1].

وإن لم يمكن وطؤها بأن كان صغيرةً لا تحتملُ الْوَطْء، أو بها مَرَضٌ أو هُزَالٌ لا تَحْتَمِلُ معه الْجَمَاعَ - تُمهل إلى أن تَصِيرَ مُحْتَمِلَةً.

ولو قال الزوج: سَلِّمُوهَا إليَّ ولا أُجَامِعُهَا حَتَّى تحتمل - نظر إن كانت صَغِيرَةً لوليِّها المنعُ، وإن كانت مريضةً تُسَلَّمُ إليه؛ لأن تعهدَ الصغيرةِ بالحضانة من القريبِ أَهْدَىٰ إليها وَأَوْلَىٰ بها، وإذا كانت المرأةُ بهذه الصفةِ لا يجب على الزَّوْجِ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ.

وإن سَلَّمَ جاهلاً بالحالِ أو عالمًا، هل [له أن][2] يَسْتَرِدَّ؟ فيه وجهان:

أحدُهما: [له ذلك؛ كما لاَ يَجِبُ التَّسْلِيمُ ابتداءً.

والثاني: ليس له ذلك؛ كما لو تَبَرَّعَ بتسليمِ المبيعِ قبل قَبْضِ الثَّمَنِ][3] - لم يكن له رَدُّهُ إلى حَبْسِهِ، وإذا كان الزوجُ صغيرًا لا يجامعُ مثله لها مطالبتُه بالمهر.

وإذا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ، فقال الزوجُ: لا أدفع الصَّدَاقَ حتى تُسَلِّمِي نَفْسَكِ، وقالت المرأةُ: لاَ أُسَلِّمُ مَا لَمْ أَقْبِضِ الصَّدَاقَ] - ففيه أقوالٌ:

أحدهما: لا يجبران، بل أيهما تَبَرَّعَ بالتَّسْلِيمِ أَجْبَرَ الآخرَ.

والثاني: يُجْبَرَانِ، فيؤمر الزوجُ بأن يَضَعَ الصَّدَاقَ عند عَدْلٍ، وتؤمر المرأة بالتمكين، ثم يُدْفَعُ الصَّدَاقَ إليها.

والثالث: يجبرُ الزوج أولاً على تَسْليم الصداق؛ لأن ما عنده لا يفوتُ بالتَّسليم، بخلاف الْبُضْعِ، فإن قلنا: لاَ يُجْبَرَانِ، فلا نفقَة لها في الامتناع.

وعلى القولَيْن الأخيرَيْن: يَجِبُ.

ولو مَكَّنَتِ المرأةُ نفسها مرة مُتَبَرِّعَةً قبل استيفاءِ الصَّدَاقِ - لم يَكُنْ لها بَعْدَ ذلك مَنْعُ

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

نفسها عنه لاستيفائه، خلافًا لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ كما لو تَبَرَّعَ بتسليمِ المبيعِ قبل قَبْضِ الثَّمَنِ ـ لم يَكُنْ له بعد ذلك رَدُّهُ إلى حَبْسِهِ كقبضِ الثَّمَنِ.

ولو أَكْرَهَهَا الزَّوْجُ، فَدَخَلَ بِهَا، هل لها بَعْدَ ذلك منعُ النَّفْسِ لاستيفاء الصَّدَاقِ؟

فيه وجهان: أصحُّهما: لها ذلك؛ كالمشترِي إذا غَصَبَ المبيعَ من الْبَائِعِ قبل أداءِ الثَّمَنِ ـ للبائع رَدُّهُ إلى حَبْسِهِ.

وَالثَّانِي: ليس لها ذلك؛ لأن الْبُضْعَ بالوطءِ صَارَ في حُكْمِ التَّالِفِ؛ كالمبيع إذا أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي، وَهَلَكَ عنده ـ لم يَكُنْ لِلْبَائِعِ بعده إلا المطالبةُ بالثمن، وكذلك لو سَلَّمَ الوليُّ الصغيرةَ والمجنونةَ إلى زَوْجِهَا قَبْلَ أَخْذِ الصَّدَاقِ.

فإن بَلَغَتْ وأَفَاقَتْ قبل أن دَخَلَ بها الزوجُ، فلها مَنْعُ نَفْسِهَا لقبضِ الصَّدَاقِ، وإن كَانَ بعد مَا دَخَلَ بها فوجهان.

وإذا كانت المرأةُ صغيرةً لا تحتملُ الْجِمَاعَ، أو مريضةً ليس للزوج وَطْؤُهَا حتى تَصِيرَ مُحْتَمِلَةً.

ولو وَطِىءَ الزوجُ امرأتَهُ، فَأَفْضَاهَا ـ لم يكن له العودُ إلى مُبَاشَرَتِهَا، حتى تَبْرَأَ البرءَ الذي إن أعاد لم ينكأْهَا.

وإن اخْتَلَفَا في البرءِ: فقال الزوجُ: قد بَرِئَتْ وأنكرت ما يَدَّعِيهِ الزوجُ ـ يحتملُ أن ترى أربعُ نسوة عدول، فإن قلن: صَارَتْ محتملةً، أُجبرت على التمكين.

وإذا خَلاَ رَجُلٌ بامرأتِهِ ولم يدخل بها ـ فلا أَثَرَ لتلكِ الْخَلوةِ على قَوْلِهِ الجديدِ، وهو المذهبُ، حتى لو طَلَّقَهَا بعد الْخَلْوَةِ لا يَجِبِ إلا نِصْفُ المهرِ، ولا عِدَّةَ عليها.

ولو اختلفا في الإصابةِ فالقولُ قولُ مَنْ يَنْفِيهَا كما قبل الْخَلْوَةِ؛ وهو قولُ ابن مسعود، وابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

أَوْجَبَ نِصْفَ المهرِ بالطلاق قبل الْمَسِيسِ، والمسيس ها هنا لم يُوجَدْ. وفي القديم قولان:

أحدهما: لا يتعلَّق بِالْخَلْوَةِ شَيْءٌ من هَذِهِ الأحكامِ، ولكنها دليلُ الإصابة، حتى لو اخْتَلَفَا في الإِصَابَةِ قبل الْخَلْوَةِ ـ فالقولُ قولُ مَنْ ينفيها، وبعد الْخَلْوَةِ القولُ قولُ مَنْ يثبتها؛ وبه قال مالك.

وقيل: قوله القديم: إن الْخَلْوَةَ كالإصابةِ في تَقْرِيرِ المهرِ، وإيجاب الْعِدَّةِ، وإثبات الرَّجْعَةِ.

وقيل: لا تثبتُ الرجعةُ.

وعند أبي حنيفة: الخلوةُ الصَّحِيحَةُ تُوجِبُ العدةَ، وتقر المهر، ولكن لا تثبت الرجعةُ.

وأما الخلوةُ الفَاسِدَةُ فلا حُكْمَ لها، وهي أن يَكُونَ ثَمَّ مانعٌ شَرْعِيٌّ من حَيْضٍ، أو نِفَاسٍ فيها، أو إحرام، أو فرض صوم في أحدهما، أو كان فيها مَانِعٌ طبيعيٌّ من قرن أو رتقٍ.

أما إذا كان المانعُ الطبيعيُّ فيه كَالْجَبِّ والْعُنَّةِ - قالوا: الخلوةُ معه صَحِيحَةٌ، ونقيس على بَعْضِ هَذِهِ الْمَوَاضِعِ. والله أعلم بالصواب.

بَابُ المُتْعَةِ(١)

قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١].

المتعةُ في الشَّرْعِ اسمٌ للمالِ الذي يُعْطِيهِ الرجلُ امْرَأَتَهُ على الْفِرَاقِ، والكلامُ فيها في ثَلاَثَةِ فُصُولٍ: فيمن يستحقُّها من النِّسَاءِ، وفي الفرقة التي تُوجِبُهَا، وفي قَدْرِهَا.

أما الأولُ: فالمطلقاتُ قِسْمَانِ: مطلقةٌ قبل الدُّخُولِ، ومطلقةٌ بَعْدَ الدُّخُولِ.

---

(١) المتعة لغة التمتع، أو ما يتمتع به كَالْمَتَاعِ، وهو ما يتمتع به من الحوائج، وشرعًا: مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقته إياها بشروط.

المطلقة قبل الدخول إن وجب لها مهر بتسمية صحيحة، أو فاسدة، أو فرض صحيح، فلا متعة لها، وإن لم يجب بأن كانت مفوضة، فلها المتعة، لقوله تعالى ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ ولأن المفوضة لم يحصل لها شيء، فيجب لها متعة للإيحاس هذا بالإجماع.

والمطلقة بعده تستحق المتعة بقي المهر أو أسقطت، لقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهذا عام في المطلقة بعد الدخول وقبله وخصوص فتعالين أمتعكن، وأسرحكن؛ ولأن المهر في مقابلة منفعة بضعها وقد استوفاها الزوج، فيجب للإيحاس متعه، وتجب المتعة، بكل فراق يحصل في الحياة من جهته لا بسبب من جهتها كالطلاق.

وكل فراق منها أو بسببها فلا متعة لها، وإن لم يجب لها مهر لأن المهر يسقط بذلك، ووجوبه آكَدُ، وتجب المتعة لسيد الأمة، وفي كَسْبِ العبد؛ كالمهر. ومعلوم أن السيد لو زوج عَبْدَهُ أمته، ثم فارقها - لا متعة لها؛ كما لا مهر.

والمستحبُ في المتعة ثلاثون درهمًا، أو ما قيمته ذلك قال البويطي: «وهذا أدنى المستحب، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب، ويسن أن لا تبلغ نصف المهر المثل، فإن بلغته أو جاوزته جاز لإطلاق الآية.

قال البلقيني «ولا يزيد وجوبًا على مهر المثل، ولم يذكروه» ومحل ذلك إذا فرضها الحاكم وله نظائر منها أن لا يبلغ بالتعزير الحد، ثم إن تراضيا على شيء فذاك ظاهر، وإن تنازعا في قدرها قَدَّرَهَا =

أما المطلقةُ قبل الدُّخُولِ: نظر إن لم يكن فُرِضَ لها، فلها المتعةُ؛ لقوله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وإن كان قد فُرِضَ لها فلا متعة لها، سواء كان الفرضُ مُسَمًّى بالعقد، أو فُرِضَ بعده، أو وجب لها مهرُ المثلِ بفساد التَّسْمِيَةِ في العقدِ.

قال ابن عمر: لكلِّ مُطَلَّقَةٍ متعةٌ إلاَّ التي فُرِضَ لها، ولَمْ يُدْخَلْ بها، فَحَسْبُهَا نِصْفُ الْمَهْرِ.

أما المطلقةُ بعد الدُّخُولِ، سواء فُرِضَ لها أو لم يُفْرَضْ؛ لأنه يَجِبُ لها مهرُ المثلِ بالدخول ـ فهل تستحقُّ المتعة؟

فيه قولان:

قال في القديم، وبه قال أبو حنيفةَ: لاَ مُتْعَةَ لها؛ لأنها تستحقُّ المهرَ؛ كالمطلقة بعد الْفَرْضِ قبل الدُّخُولِ.

وقال في الجديد: لها المتعةُ؛ لقوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١]، وقال تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] وكان ذلك في نِسَاءٍ دَخَلَ بِهِنَّ النبيُّ ـ صلى الله عليه وسلم ـ كَالْمُطَلَّقَةِ بعد الْفَرْضِ قبل الْمَسِيسِ؛ لأنها اسْتَحَقَّتِ الصَّدَاقَ لا بمقابلةِ عِوَضٍ، فلم تستحق التعةَ، والمطلقةُ بعد الدُّخُولِ استحقت الصَّدَاقَ بمقابلةِ إِتْلاَفِ الْبُضْعِ، فيجبُ لها المتعةُ بِالْفِرَاقِ.

أما الفصلُ الثَّانِي في بَيَانه الْفُرْقَةِ التي تُوجِبُ المتعةَ: نقول: أما فرقةُ الموت لا توجبها؛ لأن الزوج لم يُوجِبْهَا بِالْفِرَاقِ، إنما اختطف قهرًا.

وأما فرقةُ الْحَيَاةِ: نظر إن صَدَرَتْ من جِهَةِ الزَّوْجِ لا لمعنى فيها، أو من جِهَةِ أجنبيٍّ، فتوجب المتعةَ في ما صدر من جهته؛ مثل: أن يُطَلِّقَ، أو يَرْتَدَّ، أو يسلِّمَ، أو يُلاَعِنَ، فهو كَالطَّلاَقِ في التَّقْسِيمِ الذي ذَكَرْنَاهُ؛ وكذلك إذا خَالَعَهَا؛ لأن الْخُلْعَ ـ وإن كان يتمُّ بها ـ فالمغلب فيه جانبُ الزَّوْجِ؛ لأنه يَنْفَرِدُ بِالطَّلاَقِ، وَيُخَالِعُ مع الأَجْنَبِيِّ.

= القاضي باجتهاده بحسب ما يليق بالحال معتبرًا حالهما من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفتها لقوله تعالى ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمُوسِعِ قدره وَعَلَى الْمُقْتِرِ قدره وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقيل يعتبر حاله فقط لظاهر الآية كالنفقة، وقيل حالها فقط لأنها كالبدل عن المهر. وهو معتبر وقيل لا يقدرها بشيء بل الواجب أقل متمول، كما يجوز جعله صداقًا، وفرق بأن المهر بالتراضي، وعلى تقديره يجب ما يقدره ما لم يخالف المندوب. ينظر نص كلام شيخنا محمد جوهر في مهر الزواج.

وكذلك لو فَوَّضَ الطَّلَاقَ إليها فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا، أو علق طَلَاقَهَا بدخولِ الدَّار فدخلت، أو آلَىٰ عَنْهَا، فبعد مُضِيِّ المدةِ طَلَّقَهَا بطلبها.

وما صدر من جهةِ أَجْنَبِيٍّ؛ مثل: أن تُرْضِعَ أُمَّ الزَّوج أو ابْنَتَهُ الزَّوْجَةُ الصَّغيرة، أو وَطِيءَ الأبُ زَوْجَةَ ابنه بالشُّبهةِ، ينفسخُ النِّكَاحُ، وَتَجِبُ لها الْمُتْعَةُ.

وكذلك لو خَالَعَهَا مع أجنبيٍّ.

وإن صَدَرَتِ الفرقةُ من جِهَتِهَا، أو من الزَّوْجِ لمعنى فيها ـ فَلَا نُوجِبُ المتعةَ؛ كما لا نُوجِبُ نِصْفَ المهرِ إذا كان قبل الدُّخُولِ؛ مثل أن تَرْتَدَّ المرأةُ، أو تسلم، أو ترضع، أو تَفْسخَ النِّكَاحَ بِعَيْبِ الزَّوج، أو يَفْسِخَ الزَّوْجُ بعيبٍ فيها؛ لأنه وإن كان من جِهَتِهِ فهو لمعنًى فيها، أو الأمة عتقت تحت عَبْدٍ ففسخت النِّكَاحَ؛ فلا مُتْعَةَ [لها][1].

ولو زَوَّجَ الذِّمِّيُّ ابنته الصغيرة من الذِّميِّ، ثم أَسْلَمَ أَحَدُ أَبَوَي المرأةِ ـ حُكِمَ بإسلامِ الزَّوْجَةِ، وارتفاع النِّكَاحِ، ولا متعة لها؛ لأن ارْتِفَاعَ النِّكَاحِ بسبب الإسلامِ.

ولو ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ معًا، فهل لها المتعةُ؟ فيه وجهان، بناء على أنه إذا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فهل لها نِصْفُ الْمَهْرِ؟ فيه وَجْهَانِ:

أصحهما: أنه لا يجبُ، وكل فرقة تُوجِبُ الْمُتْعَةَ، فإن كان قَبْلَ الفرضِ بَعْدَ الْمَسِيس ـ فلها نصف [المهر][2]، ولا متعة لها.

وما لا توجب المتعة، فإن كان بَعْدَ الْفَرْضِ قبل المسيس ـ لا يجب[3] نِصْفَ الْمَهْرِ، إلا الزوج إذا اشترى زَوْجَتَهُ يرتفعُ النِّكَاحُ، ولا متعة لها، [وإن كَانَ بَعْدَ الْفَرْضِ قبل الْمَسِيسِ يَجِبُ نِصْفُ المهر][4]؛ لأن المهر يَجِبُ بالعقدِ لِلْبَائِعِ، والمتعةُ تَجِبُ بِالطَّلَاقِ فيكون للمشترِي.

فلو أوجبنا عليه المتعةَ لأَوْجَبْنَا له عَلَىٰ نَفْسِهِ، فلم يَجِبْ.

أما الكلامُ في القدرِ: فليس لأقل المتعةِ، ولا لأكثرها تَقْدِيرٌ، بل ذَلِكَ إلى اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ يوجبها على حسب حَالِ الزَّوج من اليَسَارِ والإعسار.

قال الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فالمستحبُّ على الْمُوسِرِ خَادِمٌ، وعلى المتوسط ثَلَاثُونَ دِرْهمًا، وعلى المقتر قَدَرُهُ.

---

(١) في أ: لهؤلاء.

(٢) في أ: المسمى.

(٣) في أ: يوجب.

(٤) سقط في أ.

وَرُوِيَ عَـنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُما ـ أَنَّهُ قَالَ: أَكْثَرُ الْمُتْعَةِ خَادِمٌ، وَأَقَلُّهَا مِقْنَعَةٌ، وأي قَدْرٍ أُدِّيَ وإن قَلَّ جَازَ، ويجوزُ أن يُزَادَ على نِصْفِ المهْرِ.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: لا يُبْلَغُ بِالْمُتْعَةِ نصفُ المُهْرِ.

بَابُ الوَلِيمَةِ

رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ أَنَّ النَّبِيَ ﷺ رَأَىٰ عَلَى عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ أَثَرَ صُفْرَةٍ. قَالَ: «مَا هذَا»؟ قَالَ: إِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً عَلَى وَزْنِ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ. قَالَ: «بَارَكَ الله لَكَ وَعَلَيْكَ، أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ»[(١)].

الوليمة: اسم لكل دَعْوَةٍ تتخذ على حَادِثَةِ سُرُورٍ مِنْ إملاكٍ أو ولادةٍ، أَو خِتَانٍ، أو غيرها، غير أن الأغلب على الْلِّسَانِ إطلاقُ اسمها على دَعْوَةٍ تُتَّخَذُ على النَّكَاحِ، ولا يفهم منها غيرها إلا عند التَّقْيِيدِ، فيقال: وليمةُ الْوِلاَدَةِ وَالْخِتَانِ ونحوها.

ولكل دعوة من هذه الدَّعَوَاتِ اسم على حِدَةٍ:

فَالْعَقِيقَةُ اسمٌ لدعوة الولادة، والإِعْذَار لِلْخِتَانِ، والخُرْس[(٢)] لسلامة المرأة من الطلق، وتُستعمل في الولادةِ. والنَّقيعَةُ[(٣)] لقدوم الْغَائِبِ.

والوكيرة لاستحداث البناء، والمأدبةُ ما يتخذ بغير سَبَبٍ، وكلُّ ذلك مُسْتَحَبٌ؛ لما فيه من إظهار شُكْرِ نعم الله ـ عز وجل ـ ولا يجب شيء من هذه الدَعَوَاتِ إلاَّ وليمة الْعُرْسِ، علّق الشَّافعي رضي الله عليه القول في وجوبها.

واختلف أصحابُنا فيه منهم جَعَلَهُ على قَوْلَيْنِ. أحدهما: يَجِبُ؛ لأن النبي ﷺ أَمَرَ بِهِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، فقال: «أَوْلِمْ» ولأنه ـ ﷺ ـ ما تَرَكَها فِي سَفَرٍ وَلا حَضَرٍ.

والثاني: لا تجب كَسائِرِ الدَّعَوَاتِ.

والصحيح أنها سُنَّةٌ، والأخبارُ محمولةٌ على تَأْكِيدِ الاستِحْبَابِ، فإِنَّها أشدُّ استحباباً من سائر الدعوات.

وقال الشيخ القفال رحمه الله: لا [خلاف][(٤)] أنها سُنَّةٌ لا يُعْصى بتركها، وتعليق القول

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١٣٩) كتاب النكاح: باب الوليمة لو بشاة حديث (٥١٦٧) ومسلم (٩/ ٣٠٦ ـ نووي) كتاب النكاح: باب الصداق حديث (١٤٢٦) وأبو داود (٢/ ٢٣٥ ـ ٢٣٦) كتاب النكاح: باب قلة المهر حديث (٢١٠٩) والترمذي (٣/ ٤٠٢) كتاب النكاح: باب ما جاء في الوليمة حديث (١٠٩٤) والنسائي (٦/ ١١٩) كتاب النكاح: باب التزويج على نواة من ذهب حديث (٣٣٥١) وابن ماجه (١/ ٦١٥) كتاب النكاح: باب الوليمة حديث (١٩٠٧) من حديث أنس.

(٢) هو: طعام الولادة، والخرسة: ما تطعمه النفساءُ. ينظر النظم ٢/ ١٤٨.

(٣) قال أبو زيد: النقيعة: طعام الإملاك، والأملاكُ: التزويج. ينظر النظم ٢/ ١٤٩..

(٤) في د: يختلف القول.

فـي وُجوبِ الإجابة إذا دُعِيَ إليها. وجملته: أن مَنْ دُعِيَ إلى دَعْوَةٍ يُستحبُّ الإجابةُ ولا تجب في غير وَلِيمَةِ النِّكَاحِ.

وفي وليمة النِّكَاحِ وجهان:

أحدهما: تجب؛ لما روي عن ابن عمر؛ أنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قال: «إذا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَىٰ وَلِيمَةٍ](١) فَلْيَأْتِها»(٢).

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مَرْفُوعاً: «شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الْوَلِيمَةِ، يُدْعَىٰ إِلَيْها الأَغْنِيَاءُ، وَيُتْرَكُ الْمَسَاكِينُ، فَمَنْ لَمْ يَأْتِي الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى الله وَرَسُولَهُ»(٣).

والثاني: لا تجب الإجابةُ كسائر الدَّعَوَاتِ. والأخبارُ مَحْمُولَةٌ على تأكيد الاستحباب، والمراد من العصيان عصيان الطريقة والسنة.

وإن قلنا: تجب، فهو فَرْضُ عَيْنٍ، أم فرضُ كِفَايَةٍ؟ وجهان: أحدهما فرضُ عَيْنٍ، لظاهر الحديث.

والثاني: فَرْضٌ على الْكِفَايَةِ، لأن المقصودَ إظهارُها، ويحصل ذلك بحضُور البعض.

فإن قلنا: تَجِبُ الإجابةُ أو تستحبُّ، فلا فرق بين أن يَكُونَ المدعُو مُفْطِراً أو صَائِماً، ثم إن كان مفطراً يأكل.

وهل يجب الأكل؟ وجهان: أحدهما: يجب، وأقله لُقْمَةٌ، لأن المقصودَ من الدَّعْوَةِ الأكلُ.

والثاني: وهو الأصح: لا يجب، بل يستحب، لما رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ، أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قال: «إذا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَجِبْ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ عَلَى الْمَضِيفِ»(٤).

---

(١) في أ: الوليمة.

(٢) أخرجه البخاري (٩/١٤٨) كتاب النكاح: باب حق الوليمة حديث (٥١٧٣) ومسلم (٢/١٠٥٢) كتاب النكاح: باب الأمر بإجابة الداعي حديث (٩٦/١٤٢٩) ومالك في «الموطأ» (٢/٥٤٦) كتاب النكاح: باب ما جاء في الوليمة حديث (٤٩) وأبو داود (٢/٣٦٧) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في إجابة الدعوة حديث (٣٧٣٦، ٣٧٣٧، ٣٧٣٨) والترمذي (٣/٤٠٤) كتاب النكاح: باب ما جاء في إجابة الداعي حديث (١٠٩٨) وابن ماجه (١/٦١٦) كتاب النكاح: باب إجابة الداعي حديث (١٩١٤) وأحمد (٢/٢٠، ٢٢، ٣٧، ١٠١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/١٤٧) والبيهقي (٧/٢٦٢) كتاب الصداق: باب إتيان كل دعوة عرسًا كان أو نحوه، والبغوي في «شرح السنة» (٥/١٠٤ بتحقيقنا) من طرق عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا وله ألفاظ متعددة.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) أخرجه البخاري (٩/١٥٢) كتاب النكاح: باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله حديث (٥١٧٧) ومسلم (٩/٣٣٥ ـ نووي) كتاب النكاح: باب بإجابة الداعي إلى دعوة حديث (١٤٣٢).

(٤) تقدم.

وإن كان صائماً: نظر إن كان صومَ فَرْضٍ فلا يَطْعَمُ، ويدعو لهم، وإن كان صوم تَطَوُّعٍ يستحبُّ أن يفطر إذا شَقَّ على المضيف صومُه، فإن لم يَشُقَّ عليه فالأولى ألا يُفْطِرَ، ولو أفْطَرَ جَازَ.

رُوِيَ عَنْ أبِي هُرَيْرَةَ؛ أنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قَالَ: «إذَا دُعِيَ أحَدُكُمْ فَلْيَجِبْ، فَإنْ كَانَ صَائِماً فَلْيُصَلِّ، وَإنْ كَانَ مُفْطِراً فَلْيَطْعَمْ»(١).

ولو دعاه ذِمِّيٌّ هل تجب الإجابةُ على الوجه الذي تقول: تجب إجابةُ المسلم؟.

فيه وجهان: أحدهما: تجب، وَفَاءً بِعَهْدِهِ.

والثَّانِي: لا تَجِب.

وعلى الوجه الآخر لا يتأكَّد الاستحبابُ كما يتأكد في حَقِّ المسلم؛ لأنه مَمْنُوعٌ عن مُوَادَّتِهِ، وربما يعافُ من طعامه.

ولو دَعَتْهُ امرأةٌ أجنبيّةٌ تجب إذا لم يحتج إلى الخلوةِ معها.

وإن [كان] عادة من أكثر ماله رباً أو حراماً تُكْرَهُ الإجابةُ كالمُعَامَلَةِ معه، وإنما تتأكَّد الإجابةُ إذا دَعَاهُ بعينه لا لِخَوْفٍ منه، ولا لِطَمَعٍ في جَاهِهِ، ولم يَخِصَّ به الأغنياء، فإن خصَّ الأغنياء له ألاّ يجيب إذا خَصَّهُمْ لِغِنَاهُمْ.

فإن دعا أهل حرفته أو جيرانه وهم أغنياء فعليهم الإجابة.

ولو لم يَدْعُهُ بعينه، بل أمر منادياً فنادى مَنْ كان في جيرانه فليحضر، أو قال لرسوله: ادْعُ مَنْ لَقِيتَهُ فله ألاّ يجيب؛ لأنه إذا لم يدع بعينه فلا يَشُقُّ عليه تخلفُه.

وكذلك لو دَعَاهُ خوفاً منه، أو طمعاً في جاهه، فله أن يَتَخَلَّفَ.

وإن دعاه جماعةٌ ولم يَمكنه الجمعُ بين الكلِّ أجاب الأَسْبَقَ، فإن جاءوا معاً أجاب أقربهم به رَحِماً، فإن استووا أجاب أقربهم دَاراً منه، كما في صدقة التطوع. فإن استووا أَقْرَعَ بينهم، وإن كانت الوليمةُ ثلاثةَ أيامٍ، ودُعِيَ فِيهِنَّ ـ أجاب الأُولى والثانية، ويُكره من الثالثة.

قال الحسن: الثالث رياء وسمعة.

وإن كان فيها شيء من المناكير من شُرْبِ الخمر، وضَرْبِ الْمَعَازِفِ، إن علم أنه إذا حضر يُتْرَكُ وَيُرْفَعُ، أو إذا نَهَاهُمْ انتهوا عليه الإجابة.

وإن علم أنهم لا يَتْرِكُونَهُ لا يَحضر.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٥٤) كتاب النكاح: باب الأمر بإجابة الداعي إلى الدعوة حديث (١٤٣١/١٠٦) وأبو داود (١/ ٧٤٧) كتاب الصيام: باب في الصائم يدعى إلى وليمة حديث (٢٤٦٠) والترمذي (٣/ ١٥٠) كتاب الصوم: باب ما جاء في إجابة الصائم الدعوة حديث (٧٨٠) وأحمد (٢/ ٢٧٩، ٤٨٩) وأبو يعلى (١٠/ ٤٢٤) رقم (٦٠٣٦) والبيهقي (٧/ ٢٦٣) كتاب الصداق: باب يجيب المدعو صائمًا كان أو مفطرًا والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٣٠٣) والبغوي في «شرح السنة» (٣/ ٥٣٩ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعًا وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

فإن لم يعلم وَحَضَرَ، نَهَاهُمْ فإن لَمْ يَنْتَهُوا خَرَجَ، وإن لم يمكنه الخُروج قَعَدَ كَارِهاً بقلبه ولم يَسْتَمِعْ.

أما ضربُ الدفِّ فلا بأس به.

وإن كانت حضر فيه صور ولها[1]، أرواح فإن كانت من الممر دون محل الاجتماع حضر، وإن كان من محل الاجتماع، نظر إن كانت على الأرض أو على بساطٍ يُدَاسُ، أو مخدَّةٍ يتكىء عليها جلس.

وإن كانت على السُّقُوفِ والجدرانِ والسُّتُورِ المعلقة، لا يحضر.

وإن كانت مَقْطُوعَةَ الرَّأْسِ فلا بَأْسَ، وإن كان فيها صورُ الأشجارِ فلا بأس بها.

ومن حضر صَنِيعاً فقدم إليه الطعام ـ له أن يَأْكُلَ من غير إذْنٍ في الأكل، إلاَّ أنْ يكونَ المضيفُ ينتظر حُضُورَ إنسانٍ، فلا يجوزُ لِلْحَاضِرِ أنْ يَبْتَدِىءَ الأكلَ حتى يَحْضُرَ الذي ينتظره، أو يأذن صَاحِبُ البَيْتِ.

واختلفوا في أن الضَّيْفَ هل يملكُ ذلِكَ الطَّعَامَ؟ قَالَ الشيخ القفال رحمه الله: لا يملكُ، بل هو إتلافٌ على سَبِيلِ الإباحةِ.

ومنهم من قال: يملكه.

ثم اختلفوا فيه: قيل: يَمْلكه بالوضع بين يَدَيْهِ.

وقيل يَمْلكه بالأخذ بالبراجم[2].

وقيل: يملكه بالوضع في الْفَمِ. وَقِيلَ: بالازدراد.

ولا يجوز للضَّيْفِ أن يعطي السَّائِلَ على الباب شيئاً منه، ولا أن يلقم الهِرَّة، ولا السَّاقِي، إلاَّ أنْ يَكُونَ السَّاقِي من جملة الضيف.

ولا بأس أن يلقم بعضُهم بعضاً إلاّ أن يكون قد فَاوَتَ بينهم في الأطعمة.

ولا يجوز أن يطعم من خصَّ بنوعٍ غيره.

ويكره للمضيفِ أن يفعل ذلك.

ويستحب لِلضَّيْفِ إذا طَعِمَ أن يَدْعُوَ لصاحب البيت لأن النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ طَعِمَ عِنْدَ سَعْدِ بْنُ عُبَادَةَ، فَلَمَّا فَرَغَ قَالَ: «أَكَلَ طَعَامَكُمْ الأَبْرَارُ، وَصَلَّتْ عَلَيْكُم الْمَلائِكَةُ وَأَفْطَرَ عِنْدَكُمْ الصَّائِمُونَ»[3].

---

(١) في د: ذوات.

(٢) البراجم: واحدها: بُرْجُمَة؛ وهو مفصل الإصبع. المعجم الوسيط (١/ ٤٦).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ١٣٨) وأبو داود (٣/ ٣٦٧) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في الدعاء لرب الطعام إذا أكل عنده حديث (٣٨٥٤) من طريق محمد عن ثابت عن أنس.

وقال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٤٠٣): وإسناده صحيح.

ويجوز نثر السُّكَّرِ وَالجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالتَّمْرِ في الإملاكاتِ ولا يكره، إلاّ أن تركه أَحَبُّ إلينا.

وقيل: يكره؛ لأنهم يأخذونه بخلسةٍ ونهبة، وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحبه منه فإذا فعل فالتقاطه مُبَاحٌ، وتَرْكَهُ أَوْلَى.

فإنْ عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَهُ يَحِبُّ أَخْذَهُ أَخَذَهُ، إلاّ أنْ يَكُونَ صَاحِبَ مُرُوءَةٍ، فَيَحْفظَ مُرُوءَتَهُ، وَلا يَأْخُذَهُ.

ثُمَّ مَا وَقَعَ عَلَى الأَرْضُ، أَوْ فِي حِجْرِ من لا يأخذه، فكلهم فيه سواء، ولا يختصُّ به مَنْ هو أقربُ إليه، بل له أَنْ يَأْخُذَ مِمَّا بَيْنَ يَدَيْ غَيْرِهِ.

وَمَا وَقَعَ فِي حِجْرِ مَنْ يَأْخذه، فهو أَوْلَىٰ بِهِ، وَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَخْذُهُ، وَإِنْ أَخَذَهُ، هَلْ يَمْلِكُهُ؟.

فيه وجهان: كما لو افترخ طَائِرٌ على شجر إنسان فأخذه غيره، أو أخذ الثَّلج من حَرِيمِ غَيْرِهِ هَلْ يَمْلكه؟ فِيهِ وَجْهَان.

فإن سقط من حجره قبل أنْ يَقْصِدَ حِيَازَتَهُ، أَوْ قَامَ فَسَقَطَ عنه، فَالكُل فيه سَوَاء، كَالطَائِر إذا ملك جناحَهُ فطار، جاز لكل مَنْ شَاءَ أَخذه، ويكره الأخذ بإطلاءة، فإن فعل ملك. قاله شيخنا. رحمه الله والله أعلم.

بَابُ القَسْمِ بيْنَ النِّساءِ(١)

قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ [البقرة: ٢٢٨] أثبت الله - عزَّ وجلَّ - لِكلِّ واحدٍ من الزَّوْجَيْنِ على الآخر حُقُوقاً، فحقُّه عليها: الطَّاعَةُ، وَالتَّمْكِينُ، وَالمقامُ في البَيْتِ.

وَحَقُّهَا عليه: أَدَاءُ النَّفَقَةِ، وَالْكُسْوَةِ وَإِيْتَاءُ المَهْرِ، وَالمُعَاشَرَةُ بِالمَعْرُوفِ.

---

(١) القَسْمُ لُغَةً: بالفتح مصدر: قسم الشيء يَقْسمه قَسْمًا، فانقسم أي: جزَّأه وأفرزه، والقِسْم بالكسر: الحظُّ والنصيب من الخير. قاله الجوهري، فيقال: هذا قِسْمِي، والجمع: أقسام مثل: حِمْل وأَحْمَال. والقِسْمَةُ اسم وهي مؤنثة.

انظر: كتاب العين ٥/٨٦، ٨٧، الصحاح ٥/٢٠١٠، المصباح المنير ٢/٧٧٤، ترتيب القاموس ٣/٥٤٩.

اصْطِلاحًا:

عَرَّفها الأَحْنَافُ بأنها: جَمْعُ نَصِيب شائع له، في مكان مُعَيَّن.

عرفها الشافعية بأنها: تمييز بَعْضِ الأَنْصِبَاءِ من بعض.

عرفها المالكية بأنها: تَصْيِيرُ مشاع من مَمْلُوكِ مالكين معيَّنًا، ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراضٍ.

=

قال الله تَعَالىٰ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، فعلى كل واحد منها أداءُ ما عَلَيْهِ مِنَ الحَقِّ مِنْ غَيْرِ إِظْهَارِ كراهيةٍ، فإن لم يفعل مع القُدْرَةِ فمطلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ[1]، ثم إن كان الرَّجُلُ مُتَفَرِّدًا لم يكن تحته إلاَّ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ ـ لا يجب عليه أن يَبِيتَ عِنْدَها، غَيْرَ أَنَّ المَعْرُوفَ أن يَبِيتَ عِنْدَهَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: عَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا مِنْ كُلِّ أَرْبَعِ لَيَالٍ لَيْلَةً؛ لأن أَكْثَرَ مَا يَنْكحُ عَلَيْها ثَلاثُ نِسْوَةٍ، فَيخصها من كُلِّ أربَعِ ليالٍ لَيْلَةً.

وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً ففي كل سَبْعِ لَيالٍ لَيْلَةً، وهذا حَسَنٌ.

وَإِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَتَانِ أَوْ أَكْثَرَ فلا يَلْزَمه [البيتوتةُ عِنْدَهُنَّ، غَيْرَ أَنَّهُ إذا بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ يَجِبْ عَلَيْهِ][2] التَسْوِيَة بَيْنَهُنَّ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَل عَصى الله ـ تعالىٰ ـ رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «إذا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا ـ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ سَاقِطٌ»[3]. وَإِنَّما تَلْزمه التَسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ فِي الْبَيْتُوتَةِ عِنْدَهُنَّ، لا فِي الجماع[4] حتى لَوْ بَاتَ عِنْدَ

= وعرفها الحنابلةُ بأنها: تَمْييزُ بعض الأنصباء من بعض، وإفرازها عنها.
انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠١)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٠٨)، مغني المحتاج (٤/ ٤١٨).

(١) سيأتي تخريجه في بابه.

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣٤٧) والدارمي (٢/ ١٤٣) كتاب النكاح ـ باب العدل بين النساء، وأبو داود (١/ ٦٤٨) كتاب النكاح ـ باب القسم بين النساء ـ الحديث (٢١٣٣) والترمذي (٣/ ٤٤٧) كتاب النكاح ـ باب التسوية بين الضرائر ـ الحديث (١١٤١) والنسائي (٧/ ٦٣) كتاب عشرة النساء ـ باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، وابن ماجة (١/ ٦٣٣) كتاب النكاح باب القسمة بين النساء ـ الحديث (١٩٦٩) وابن الجارود ص (٢٤١) كتاب النكاح ـ الحديث (٧٢٢) وابن حبان (١٣٠٧ ـ موارد) والحاكم (٢/ ١٨٦) كتاب النكاح ـ باب التشديد في العدل بين النساء ـ والبيهقي (٧/ ٢٩٧) كتاب القسم والنشوز ـ باب الرجل لا يفارق التي رغب عنها وغيرهم من حديث همام عن قتادة عن النفير بن أنس عن بشير بن نهيل عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: إذا كانت عند الرجل امرأتان جاء يوم القيامة وشقه ساقط ـ لفظ الترمذي وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ـ ووافقه الذهبي. وأما الترمذي فقال: (إنما استند هذا الحديث همام بن يحيى عن قتادة ورواه هشام الدستوائي عن قتادة قال: كان يقال ولا نعرف هذا الحديث مرفوعًا من حديث همام) اهـ.
وصححه عند الحق وابن دقيق العيد كما في «تلخيص الجبير» (٣/ ٢٠١) وللحديث شاهد من حديث أنس.
أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصبهان (٢/ ٣٠٠) من طريق محمد بن الحارث الحارثي ثنا شعبة عن عبد الحميد بن ثابت عن أنس قال قال رسول الله ﷺ من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل. ومحمد بن الحارث الحارثي.

(٤) له أن يجامع من يشاء من نسائه، ولا يلزمه جماع غيرها؛ لأن الجماع من دواعي الشهوة، وخلوص المحبة التي لا يقدر على تكلفها والتصنع لها، قال تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ =

وَاحِدَةٍ وَأَصَابَهَا، بَاتَ عِنْدَ الأُخْرَى وَلَمْ يَصِبْها ـ فَلاَ حَرَجَ عَلَيْهِ؛ لأن الدَّاعِي إِلَيْهِ الشهْوَة فَلا يُمْكِنُ إيجابَهُ، وَلا يُؤَاخَذُ بِمَيْلِ القلبِ إِلَى إِحْداهُنَّ إذا لَمْ يَتبع فعلهُ هَوَاهُ، قَالَ الله تَعَالىٰ: ﴿فَلا تَمِيلُوا كُلَّ المَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [النساء: ١٢٩]. أي: لا تُتْبِعُوا أَهْوَاءَكُمْ أَفْعَالَكُمْ.

= حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾. قال الشافعي (رضي الله عنه): معناه ولن تستطيعوا أن تقولوا بين النساء بما في القلوب من المحبة، فلا تميلوا كل الميل في أن تتبعوا أهواءكم أفعالكم، فتذروها كالمعلقة، وهي التي ليست بزوجة ولا مفارقة. فدلت هذه الآية على أن عليه التسوية بينهن فيما يقدر عليه من أفعاله، بخلاف ما لا يقدر عليه من المحبة فكذلك الجماع.

وقال مالك (رضي الله عنه): يؤخذ الزوج بجماع امرأته في كل مرة، ليحصنها، ويقطع شهوتها، فإن طال تركه وحاكمته إلى القاضي فسخ النكاح إن لم يجامع ـ وأوجب عليه قوم أن يجامعها في كل أربع ليال مرة؛ لأنه قد أبيح له نكاح أربع، فصارت تستحق من كُلِّ أربعة أيام يومًا وبهذا حكم كعب بحضرة عمر (رضي الله عنه) فاستحسن ذلك منه، وولاَّه قضاء البِصرة، فكان أول قاض بها. وكلا المذهبين عندنا غير صحيح لما تقدم، ويجوز أن يكون كعب توسط فيما حكم به بين الزوجين عن صلح ومراضاة.

وكما لا يجبر على جماعها، لا يجبر على مضاجعتها، ولا على تقبيلها ومحادثتها، ولا على النوم معها في فراش واحد؛ لأن هذا كله من دواعي الشهوة والمحبة، التي لا يقدر عليها، لكن كل ذلك مستحب؛ لأن فيه تحصينًا لها، وغضًا لطرفها، الصحيح وجوب القرعة للابتداء بواحدة منهن ليزول عنه الميل فقد روى الشيخان عن عائشة: رضي الله عنها أن النبي ﷺ «كان إذا أراد سَفَرَ أَقْرَع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها مَعَه» والمعنى في ذلك زوال التهمة بالميل. ولأن الابتداء بواحدة من غير قرعة ترجيح بلا مرجح، فيبدأ بمن خرجت قرعتها ثم يقرع للباقيات، فإن كن أربعًا وجب ثلاث قرع أو ثلاثًا فقرعتان أو اثنتين فواحدة والأخيرة من كل تتعين. وله أن يكتفي بقرعة واحدة لجميعهن بأن يكتب الأسماء، ويخرجها على الليالي أو يعكس.

فإذا تمت النوبة راعى الترتيب الأول، وهل له إعادة القرعة؟ يشعر قول المحلي. ولا يحتاج إلى إعادة القرعة. بجوازها، ويوجه بأنه بعد تمام الدور استوت الزوجات في عدم ثبوت حق لهن على الزوج فأشبه ما لو أراد المبيت عند واحدة منهن من غير سبق قسم، وقيل: يجب رعاية «الترتيب، وتمتنع القرعة، لأن الترتيب أصبح حقًا لهن، وربما يفوت بالقرعة».

ولو بدأ بواحدة ظلمًا أقرع بين الباقيات، فإذا تم العدد أقرع في الابتداء لجميعهن وجوبًا؛ لأن الأول لغو.

ولو أراد الابتداء بما ليس قسمًا كدون ليلة، فالذي يتجه هو وجوب القرعة، وإن كان ذلك لا يجوز.

هذا كله إذا لم يرضين بدون القرعة، وإلاَّ فلا تجب القرعة، ولا حاجة إليها بعد تمام الدور الأول إن كانت ليلة كل واحدة بالتعيين، وإلاَّ احتيج إليها، وقيل لا حاجة إليها مطلقًا.

القول الثاني: لا تجب القرعة في القسم، فله أن يبدأ بمن شاء؛ لأنه الآن لا يلزمه قسم، حيث له الإعراض عنهن.

قال الزركشي قضية هذه العلة لو بات عند واحدة يجب الإقراع بين الباقيات.

ينظر نص كلام شيخنا أحمد عبد القادر في العشرة الزوجية، والقسم والنشوز.

روي أنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - كَانَ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ وَيَعْدِلُ، وَيَقُولُ: «اللَّهُمَّ هَذا قَسْمِي فِيما أَمْلِكُ، فَلا تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلا أَمْلِكُ»(١).

وَإِذا أَرَادَ الْقَسْمَ(٢)، فَلا يَجُوزِ أَنْ يَبْدَأَ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ مِنْ غَيْرِ رِضا الْبَوَاقِي إِلاَّ بِقُرْعَةٍ، فَإِنْ كُنَّ أَرْبَعاً فَبَدأَ بِوَاحِدَةً بِالْقُرْعَةِ، فَفِي لَيْلَةِ الثَّانِيَةِ يَقْرَعُ بَيْنَ الثَّلاثِ، ثُمَّ فِي لَيْلَةِ الثَّالِثَة يَقْرَعُ بَيْنَ الثِّنْتَيْنِ فَإِذا تَمَّتْ النَّوْبَةُ عَادَ إِلَى الأُوْلَى عَلى التَّرْتِيب الأَوَّلِ، وَلا يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِئْنَافِ الْقُرْعَةِ.

فَإِذا بَدَأَ بِوَاحِدَةٍ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ، فَقَدْ أَسَاءَ، ثُمَّ يَقْرَعُ بَيْنَ الثَّلاثِ، فَإِذا تَمَّتْ النَّوْبَةُ لا يَبْدَأُ بِمَنْ بَدَأَ بِها أَوَّلاً، بَلْ يَقْرَعُ بَيْنَ الأَرْبَعِ، لأنَّ الْبِدَايَة الأُوْلى لَمْ تَكُنْ عَلَى الْحَقِّ، فَلا يُبْنَى عَلَيْها.

فَلَوْ أَنَّ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ تَرَكَتْ حَقَّهَا مِنْ الْقَسْمِ لَمْ يلزم رِضَاها في حَقِّ الزَّوْجِ، حتى يَجُوزَ

---

(١) لحديث عائشة في هذا الباب.

أخرجه الدارمي (٢/ ١٤٤) كتاب النكاح ـ باب في القسمة بين النساء وأبو داود (٢/ ٦٠١) كتاب النكاح، باب القسم بين النساء ـ الحديث (٢١٣٤) والترمذي (٣/ ٤٤٦) كتاب النكاح، باب التسوية بين الضرائر الحديث (١١٤٠) والنسائي (٧/ ٦٤) كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض.

وابن ماجة (١/ ٦٣٣) كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء ـ الحديث (١٩٧١) وابن أبي شيبة (٤/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧) وابن حبان (١٣٠٥ ـ موارد) والحاكم (٢/ ١٨٧) كتاب النكاح، باب النشوز في العدل بين النساء، والبيهقي (٧/ ٢٩٨) كتاب القسم والنشوز باب لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء من حديث عائشة قالت كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ويقول اللّهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيه تملك ولا أملك وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم تخرجاه ووافقه الذهبي.

(٢) تستحق الزوجة القسم بثلاثة شروط:

أحدهما: أن يكون له زوجتان، فأكثر فلا يجب المبيت عند الواحدة؛ لأنه حقّه فله تركه، كسكنى الدار المستأجرة؛ ولأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجابه، ولكن يستحب أن لا يعطلها؛ لأنه أحصن لها وأغضن لطرفها، وأقله ليلة في كل أربع ليال اعتبارًا بمن له أربع زوجات، وقال المتولي: يكره الإعراض واختاره جمع.

ثانيها: أن يبيت عند بعضهن بقرعه، أو دونها، وإن أثم، فيلزمه التسوية في ذلك لباقيهن فورًا؛ لأنه حق لزم، وهو معرض للسقوط بالموت، فلزمه الخروج منه ما أمكنه، فلو تركه كان كبيرة للخبر الصحيح المتقدم.

«إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ، أَوْ سَاقِطٌ»، فأما إن اعتزل الجميع، فلا يجب القسم؛ لأنه قد سوى بينهن في الاعتزال؛ فلا ميل لكن في هذا ما في الواحدة، فيستحب أن لا يعطلهن، ويكره الإعراض، كما قاله المتولي.

ثالثها: أن لا تكون ناشزة، فمن خرجت عن طاعة زوجها لا تستحق قسمًا، كما لا تستحق نفقة، وإذا عادت للطاعة لا تستحق القضاء. ينظر نص كلام شيخنا أحمد عبد القادر في القسم والنشوز.

لَهُ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَها، وَلا يَرْضى بِغَيْرِها عَنْها.

فَإِنْ رَضِيَ الزوجُ نَظَرَ إِنْ تَرَكَتْ حَقَّها مُطلقاً، أَوْ وهبته لجميعِ ضَرَّاتِها ـ لم يكن للزَّوْج أن يخصَّ بتلك الليلة وَاحِدَةً مِنْ ضَرائِرِهَا، بَلْ تَخرجَ الوَاهِبَةُ مِن الْقَسْمِ، وَيُسوِّي بَيْنَ سَائِرِهِنَّ.

وَإِنْ وَهَبَتْ لَيْلَتَهَا للزوجِ، هَلْ لَهُ أَنْ ـ يَخصَّ بِهَا وَاحِدَةً. منهن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لو كما لو تركت حَقَّهَا مطلقاً.

والثاني: له ذلك؛ لأن الحقَّ صَارَ له، فَلَهُ أَنْ يَجْعَلهُ لِمَنْ شَاءَ.

وَلَوْ وَهَبَتْ لَيْلَتَها وَاحِدَةً بعينها ـ صَحَّتْ الهبةُ، ورِضا الْمَوْهُوبَة وَقبولها لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَالزَوْجُ يُخرِجُ الْوَاهِبَةَ مِنْ الْقَسْمِ، وَيَبِيتُ عِنْدَ الْمَوْهُوبَةِ لَيْلَتَيْنِ: نَوْبَتَها وَنَوْبَة الوَاهِبَةِ، وَعِنْدَ الْبَوَاقِي لَيْلَة لَيْلة، وَالدليل عَلَيْهِ مَا رُوِيَ أَنَّ سَوْدَةَ لَمَّا كَبُرَتْ قَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، لَقَدْ جَعَلْتُ نَوْبَتِي مِنْكَ لِعَائِشَةَ، فَكَانَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ يَقْسِمُ لِعَائِشَةَ يَوْمَيْنِ: يَوْمَهَا، وَيَوْمَ سَوْدَةَ[1].

ثُمَّ إِنْ كَانَتْ نَوْبَةُ الوَاهِبَةِ تَلِي لَيْلَةَ المَوْهُوبَةِ بيت عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ عَلَى التَّوَالِي وَإِنْ تَخَلَّلَتْ بَيْنَ النَّوْبَتَيْنِ نَوْبَة امْرَأَةٍ أُخْرَى، فَلا يَبِيتُ عِنْدَها لَيْلَتَيْها بَلْ يَبِيتُ [عِنْدها][1] نَوْبَتَهَا ثم يدُور، فَإِذا جَاءَت نَوْبَةُ الْوَاهِبَةِ بَاتَ مَكَانَها عِنْدَها الْمَوْهُوبَةِ لِمَعْنَيَيْنِ.

أحدهما: لأن حَقَّ مَنْ بَيْنَ النَّوْبَتَيْنِ أَسْبَقُ، وَلأَنَّ الْوَاهِبَةَ رُبَّما تَرْجِعُ إذا جَاءَتْ نَوْبَتُها، فَإذا عَجّل لِلْمَوْهُوبَةِ نَوْبَتَهَا بَطَلَ حَقُّهَا مِنَ الرُّجُوعِ، وَإِذَا رَجِعَتْ الْوَاهِبَةُ لا يَلْزم رُجُوعها فِيما مَضَى وَيصح فِيما بَعْدُ.

وَلا يلزم الزَّوْج حكمُ رُجُوعِهَا مَا لَمْ يَعْلَم حَتَّى لَوْ بَاتَ بَعْدَ رُجُوعِهَا قَبْلَ الْعِلْمِ عِنْدَ الْمَوْهُوبَةِ لا يَجِبْ قَضَاؤُهُ لِلْوَاهِبَةِ، فَإِنْ بَاتَ بَعْدَ الْعِلْمِ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ.

وَقِيلَ: يَلْزَمَهُ قَبْلَ العِلْم، كَالْوَكِيل يَلْزمه حُكْمُ العزلِ قبل العلم.

ولا يجوز أَخْذُ الْعِوَضِ عَلَى هِبَةِ النَّوْبَةِ، وَيَجُوزُ لِلأَمَّةِ هِبَةُ نَوْبَتِهَا بِغَيْر إِذْنِ المَوْلَىٰ؛ لأَنَّ ذَلِكَ حَقُّهَا، كَمَا لَهَا فِي الإِيلاءِ تَرْكُ حَقِّهَا مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِالفَيْءِ أَوْ الطَّلاقِ.

وَعمادَ الْقَسْمِ[1] الليل، لأنَّه سَكَنٌ. قَالَ الله تَعَالَىٰ: ﴿وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَناً﴾ [الأنعام: ٩٦]. وَالْيَوْمُ الَّذِي يَتْبَعُ اللَّيْلَةَ تَبَعٌ لِلَّيْلِ، فَإِنْ كَانَ الرَّجُل ممن يَعْمَلُ بِاللَّيْلِ كَالحَارِسِ، فَعَادَ الْقَسْمِ فِي حَقه النَّهار وَاللَّيْلُ تَبَعٌ.

وَإِنْ كَانَ الرَّجُلَ مَعَهُنَّ فِي سَفَرٍ فِي الطَّرِيق، فَعَادَ الْقَسْمِ فِي حَقِّهِنَّ مِنْ وَقْتِ النزولِ إِلَى الارْتِحالِ قلَّ أَمْ كَثُرَ لَيْلاً كَانَ أَوْ نَهاراً، لأنَّ الخُلْوَةِ لا تمكن من وَقْتِ السَّيْرِ.

---

(١) أخرجه البخاري (٩/٢٢٣) كتاب النكاح باب المرأة تهب يومها حديث (٥٢١٢) ومسلم (٢/١٨٠٥) كتاب الرضاع: باب جواز هبتها نوبتها لضرتها حديث (٤٧/١٤٦٣).

وَالمُسْلِمَةُ وَالذِّمِّيَّةُ مِنَ الْقَسْمِ سَوَاءٌ، لاسْتِوائِهِما فِي مَقْصُودِ النِّكَاحِ فِي الاسْتِمْتَاعِ فِي الحَالِ لا يَمْنعها مِنْهُ أَحَدٌ، وَمَقْصُود فِي النَّسْلِ فِي الثاني، لأنَّ وَلَده مِنْهُمَا كَوَلَدِهِ مِنَ الْمُسْلِمَة، وَإِنْ كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَأَمَةٌ يَقسم للحُرَّة لَيْلَتَيْنِ، وَلِلأَمَةِ لَيْلَةً وَاحِدَةً لأَنَّهُما لا يَسْتَوِيَانِ فِي مَقْصُودِي النِّكَاحِ، فَلَوْ عتقت الأَمَةِ، نَظَرَ إِنْ كَانَتْ الْبِدَايَةُ فِي الْقَسْمِ بِالحُرَّةِ، فَإِنْ عتقت في الليلة [الأُولى من لَيْلَتَيْ الحُرَّةُ ـ أَكْمَلَ لَهَا تِلْكَ اللَّيْلَةِ، ثُمَّ صَارَ إِلَى المتعةِ وَسَوَّىٰ بَيْنَهُما.

وَإِن اعتقت في الليلة][(١)] الثانية من لَيْلَتَيْ الحرةِ ـ لَمْ يُجبَرُ عَلَى قَطْعِ النَّوْبَة، بَلْ لَهُ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَها بَقِيَّةَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ، ثُمَّ يُقْسِمُ لِلمعتقة لَيْلَتَيْنِ، لأنه يَمْلِكُ وَضْعَ الْقَسْمِ فِي الابْتِداءِ عَلَى لَيْلَتَيْنِ.

وَلَوَ خَرَجَ مِنْ عِنْدَ الْحُرَّةِ فِي الحال، وَبَاتَ فِي مَوْضِعِ آخَر بَقِيّة تِلْكَ اللَّيْلَةَ ـ لا يَلْزَمُهُ أَنْ يَقْضِي لِلأَمَةِ مَا مَضَى مِنْ تِلْكَ اللَّيْلَةِ قَبْلَ الْعِتْقِ، فَلَوْ بَاتَ عِنْدَ الأَمَةِ بَقِيَةَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ كَانَ أَوْلَى.

وَلَوْ عتقت الأَمةُ فِي نَوْبَتها بعد أَنْ أَوْفَى لِلْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ نَظَرَ، إن عتقت قبل طُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ لَيْلَتِها، أَكْمَلَ لَهَا لَيْلَتَيْنِ، لأَنَّهُ لَمْ يُوَفِّ حَقَّهَا حَتَّى صَارَتْ مُسَاوِيَةً لَهُ، وَإِنْ عتقت بَعْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ لا يكمل لَهَا لَيْلَتَيْنِ، بَلْ يَسْتَأْنف الْقَسْمَ بَيْنَهما عَلَى السوِيَّـةِ؛ لأَنَّهُ المغير جَاءَ وَلَيْسَ هُنَاكَ أصلٌ قَائِمٌ فِي حَقِّ المغيِّر وَالمُغَيَّر جميعاً، فطروء المغير لا يظهر أثره.

---

(١) سقط في د.

(٢) عماد القسم الليل لأنه وقت السكون، والنهار تابع له، لأنه زمن المعاش والتصرف قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَالنَّهار مبصرًا﴾ وقال ﴿وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا﴾، وله أن يقدم النهار على الليل أو يؤخره، وهو أولى وعليه التاريخ الشرعي.

وهذا الحسن كان عمله بالنهار فإن كان يعمل ليلاً ويسكن نهارًا فالنهار هو الأصل في حقه وقت السكون، لكن ليس له أن يجعل لواحدة ليلة تابعة ونهارًا متبوعًا ولأخرى عكسه على الأصح ولتفاوت الفرص في ذلك وإن كان يعمل بعض الليل وبعض النهار، فالظاهر أن محل السكون هو الأصل والعمل هو التبع. ومن كان عمله في بيته كالكتابة والخياطة فالظاهر أنه لا عبرة بهذا العمل، فيكون الليل في حقه هو الأصل.

هذا كله في الحاضر، أما المسافر فعماده وقت نزوله ما لم تكن خلوته في سيره، فيكون هو العماد.

والمجنون، قيل: عماده وقت إفاقته، أي: وقت كان وأيام الجنون كالغيبة، لكن الظاهر من نظرهم لأيام الإفاقة وحدها، أن الأصل في حقه كغيره، نعم يتجه الأول في غير المنضبط لقولهم فيه: إن الإقامة لو حصلت في نوبة واحدة قضى للأخرى قدرها.

قال الأذرعي: والوجه في دخوله لذات النوبة ليلاً اعتبارًا لعـرف لا بغروب الشمس وطلوعها.

ينظر نص كلام شيخنا أحمد عبد القادر في العشرة الزوجية.

(٣) سقط في د.

وَإِنْ كَانَ الزوجُ بَدَأَ فِي الْقَسْمِ بِالأَمَةِ نَظَرَ إِنْ عتقت الأَمَةُ فِي نَوْبَتها، أَوْ فِي نَوْبَةِ الحُرَّة فِي اللَّيْلَةِ الأَوْلَى ـ أَتَمَّ لِلْحُرَة تِلْكَ اللَّيْلَة، ثُمَّ عَادَ إِلَى المعتقة، وَإِنْ عتقت في اللَّيْلَةِ الثَّانِيَةِ مِنْ لَيْلَتَيْ الحُرَّةُ ـ خَرَجَ مِنْ عِنْدِهَا فِي الْحَالِ.

وَيجب القَسْمُ للمريضة، والمجنونة والمحرمة والرَّتْقَاءِ، وَالْقَرْنَاءِ، وَالحَائِض، وَالنُّفسَاءِ والمولى عنها، والمظاهر منها؛ لأن الجماع لَيْسَ بِمَقْصُودٍ مِنْهُ الْقَسْم وَيَجِبُ عَلَى الخِصيِّ وَالمَجبُوبِ القَسْمُ بَيْنَهُنَّ.

وَيقسم للمراهقة والمجنونة إذا كان لا يخافُ منها، فإن كان يَخَافُ مِنْها فَلا قَسْمَ لَها.

وَأَقَلُّ نَوْبَةِ الْقَسْمِ لَيْلة لَيْلة لا يَنْقص عنها؛ لأَنَّ الاسْتِئْناس قَلَّما يَحْصُلُ بِدُونها، وَأَكْثَرها ثَلاثُ لَيالٍ لا يُجَاوِزها بِغَيْرِ رِضَاهُنَّ، لأَنَّهُ إِذَا طَالَ مَقامُه عِنْدَ وَاحِدَةٍ يَشِقُّ عَلَيْهِ مُفَارَقَتُهَا، وَرُبَّما يَعْتَرِيهِ [شغلٌ][1] يعجز عن إيفاءِ حَقِّ الْبَواقِي. وَلا يَجُوزُ أَنْ يَدْخل فِي نَوْبَةِ امْرأَةٍ بِاللَّيْلِ عَلَى غَيْرِها، لا لِعِيَادَةٍ وَلا غَيْرِها، فَإِنْ فَعَلَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَقْضِيَ لَهَا مِنْ نَوْبَةِ المدخولِ عَلَيْهَا بِذَلِكَ الْقَدْرِ.

وَإِنْ كَان قَد جَامَعَ الْمَدْخُولَ عَلَيْهَا لا يَجِبْ قَضَاءُ الجِمَاع، وَلا يَدْخُلُ في نَهارِها عَلَى غَيْرِها إلاّ لِحَاجَةٍ مِنْ أَخْذِ مَتَاع، أَوْ وَضْع شَيْءٍ، وَلا يَطِيلُ، فَإِنْ دَخَلَ لا يُجَامِعُ.

ولا بَأْس أَنْ يَلْمس، وَيُقَبِّل، [وَلاَ يَجِبْ][2] الْقَضاءُ، لأَنَّ النَّهارَ تَبعٌ لِلَّيْلِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مِمَنْ عَادَةَ الْقَسْم فِي حَقِّه النهار؛ فَحِينَئذٍ إِنْ دَخَلَ بِالنَّهارِ يَقْضِي، وَبِاللَّيْلِ لا يَقْضِي، قَالَتْ عَائِشَةَ رَضِيَ الله عَنْها: «مَا كَانَ يَوْمٌ أَوْ أَقَلُّ مِنْ يَوْم إِلاَّ كَانَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً، فَيُقَبِّلُ وَيَلْمِسُ، فَإِذَا[جَاءَ][3] إِلَى الَّتِي حِقَ نَوْبَتُها أَقَامَ عِنْدَها»[4].

فَلَوْ مرضت وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ، أَوْ ضَرَبَها الطلقُ، نَظَرَ إِنْ كَانَ لَهَا مُتعهد، لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْكُنَ عِنْدَها إِلاَّ عَلَى النَّوْبَةِ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مُتَعَهِّدٌ لَهُ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا أَوْ يَمْرضها، ثُمَّ يَقْضِي لِصاحِبَةِ النَّوْبَة ذلك القَدْرَ فَإِن ثُقِلَتْ أو أَشْرَفَتْ عَلَى الْمَوْتِ، وَاحْتَاجَ إِلَى الْمَقَام عِنْدَها لَيَالي ـ جاز، ثُمَّ إِن بَرِئَتْ قَضىٰ لِلْبَواقِي مَا أَقَامَ عِنْدَهَا.

وَلَوْ مَاتَتْ فَلا قَضَاءَ؛ لأَنَّ الْقَضَاءَ يَكُونَ مِنْ نَوْبَتِها، وَلا نَوْبَةَ لَهَا بَعْدَ الْمَوْت.

وَفِي الْقَضَاء لا يَبِيتُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدَةٍ جُمْلَةَ تِلْكَ اللَّيَالِي عَلَى التَّوالِي إِنْ طَالَت المدة،

---

(١) في د: حق.

(٢) في د: ويجب.

(٣) في أ: أتى.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٢ ـ ٢٤٣) كتاب النكاح باب في القسم بين النساء حديث (٢١٣٥) وأحمد (٦/ ١٠٨) والبيهقي (٧/ ٣٠٠) والحاكم (٢/ ١٨٦) وصححه.

بَلْ يَبِيتُ لَيْلَةً أَوْ لَيْلَتَيْنِ، وَلاَ يَزِيدُ عَلَى الثَّلاثِ، ثُمَّ يَبِيتُ عِنْدَ الأُخْرَى مِثْلَهُ حَتَّى يُتِمَّ مدة الْقَضَاءِ.

فَلَوْ كُنَّ أَرْبَعاً فَظَلَمَ وَاحِدَةً، وَبَاتَ عِنْدَ ثَلاثٍ شَهْراً - فَعَلَيْهِ أَنْ يَقْضِي لِلْمَظْلُومَةِ عَشْرَ لَيَالٍ عَلَى التَّوَالِي، لأَنَّهُ يَقْضِي لَهَا مَنْ حَقِّ الْبَاقِيَاتِ.

فَلَوْ كُنَّ ثَلاثاً فَبَاتَ عِند اثْنَيْنِ عِشْرِينَ لَيْلَةً ثُمَّ نَكَحَ جَدِيدَةً يُوفي لِلْجَدِيدَة حَقَّ الزِّفَافِ، ثُمَّ يَقْسِمُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمَظْلُومَة، فَيَجْعَل لِلْمَظْلُومَة لَيَالِي مَنْ ظَلَمَها بِسَبَبِهِنَّ، فَيَبِيتُ عِنْدَ الْجَدِيدَة لَيْلَةً، وَعِنْدَ الْمَظْلُومَة ثَلاثاً.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ وَاحِدَةً غَائِبَة وَثَلاثَ حضور، وَظَلَمَ وَاحِدَةً من الْحُضُورِ، وَحَضَرَتْ الْغَائِبَةُ - قَسَمَ لِلْحَاضِرِ لَيْلَةً وَلِلْمَظْلُومَةِ ثَلاثاً، فَإِنْ كَانَ الظُّلْمُ بِعَشْرِ لَيَالٍ، فَدَارَ هَكَذَا ثَلاث دَوْرَاتٍ، فَقَدْ قَضَىٰ لِلْمَظْلُومَةِ بِتِسْعِ لَيَالٍ، وَبَقِيَتْ لَيْلَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ الْبِدَايَةُ فِي كُلِّ دَوْر بِالْجَدِيدَة فَبعد أن تَمَّ لِلْمَظْلُومة تِسْعُ لَيَالٍ يَبِيتُ عِنْدَ الْجَدِيدَة ثُلُثَ لَيْلَةٍ، ثُمَّ يَخْرُج فَيَبِيتُ فِي مَوْضِعٍ آخر، ثُمَّ يَبِيتُ لَيْلَةً عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ، ثُمَّ بَعْده يُسَوِّي بَيْنَ الْكُلِّ.

وَإِنْ كَانَتْ الْبِدَايَةُ فِي كُلِّ دَوْرٍ بِالْمَظْلُومَةِ، فَإِذا تَمَّ لَهَا تِسْعُ لَيَالٍ يَبِيتُ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةٍ، ثُمَّ عِند الْمَظْلُومَة لَيْلَةٍ، ليتم لها العشر، ثُمَّ عِند الْجَدِيدَة ثُلُثَ لَيْلَةٍ، ثُمَّ يَسْتَأْنِف الْقَسْم.

وَلَوْ ظَلَمَ وَاحِدَةً مِنَ الأَرْبَعِ بِلَيَالٍ، ثُمَّ طَلَّقَ الْمَظْلُومَة فَإِنْ رَاجَعها أَوْ نَكَحَهَا ثَانياً - وَاللَّاتِي ظَلَمَهَا بِسَبَبِهِنَّ فِي نِكَاحِهِ - يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ لِلْمَظْلُومَةِ.

وَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَبْدَلَ بِهِنَّ، فَلا قَضَاء.

وَلَوْ لَمْ يُطَلِّق الْمَظْلُومَة وَطَلَّقَ اللاَّتِي ظَلَمَها بِسَبَبِهِنَّ، ثُمَّ رَاجَعَهُنَّ أَوْ نَكَحَهُنَّ - قَضَى لِلْمَظْلُومَة، وَلا يَجِبُ عَلَيْها مَا بَاتَ عِنْدَها فِي حَالِ فِرَاقِهِنَّ.

وَلَوْ كُنَّ ثَلاثاً فَبَاتَ عِنْدَ اثْنَتَيْن عِشْرِين، ثم فَارَقَ إِحْدَاهُمَا يَبِيتَ عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ عَشْراً لِلْمُسَاوَاة بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْبَاقِيَةِ.

وَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ فَاتَها حَقَّ الزِّفَافِ، ثُمَّ يقسمُ لِلْمَظْلُومَةِ لَيْلَتَيْنِ، وَلِلْجَدِيدَةِ لَيْلَةً حَتَّى يَتِم مِدَةَ الْقَضَاءِ.

وَلَوْ خَرَجَ مِنْ عِنْدَ وَاحِدَةٍ فِي نَوْبَتَهَا فِي جَوْفِ اللَّيْلِ، أَوْ أَخْرَجَهُ السُّلْطان - عَلَيْهِ أَنْ يُوَفِّيَها مَا بَقِيَ مِنْ لَيْلَتِهَا. وَالأَوْلَى أَنْ يَقْضِي فِي الْوَقْتِ الَّذِي خَرَجَ، فَيَبِيتُ فَرِيداً فِي اللَّيْلَةِ الثَّانِيَةِ إِلَى الْوَقْتِ الَّذِي خَرَجَ مِنْ عِنْدَهَا، ثُمَّ يَدْخلُ عَلَيْها، فَهَذا أَقْرَبُ إِلَى الْعَدْلِ.

فَإِنْ خَرَجَ مِنْ آخَر اللَّيْلِ، فَقَضَاهُ مِنْ أَوَّلِهِ جَازَ، وَلَوْ أَنَّهُ [أَقَامَ] نصف الْقَدْرِ الَّذِي كَانَ قَدْ بَاتَ عِنْدَها، وَأَقَامَ نِصْفَ ذَلِكَ الْقَدر عِنْد ضَرَّتِهَا، ثُمَّ بَاتَ بَقِيَّةَ اللَّيْلَةِ عِنْدَها كَانَ أَوْلَى.

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مَرِيضاً فَيَجِبُ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ فِي الْقَسْمِ، فَإِنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - كَانَ يُطَافُ بِهِ عَلَىٰ نِسَائِهِ فِي مَرَضِهِ.

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مَجْنُوناً لا يَخَافُ مِنْهُ، فعلى وَلِيِّهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَيْهِنَّ، أَوْ يَدْعُوهِنَّ إِلَيْهِ عَلَى التَّسْوِيَةِ، وَإِنْ ظَلَمَ أَثم الوليُّ، وَإِنَّما يَجِبْ إِذَا كَانَ يَقْسِمُ فِي حَالِ كَوْنَهُ عَاقِلاً فَجُنَّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَقْسِمَ فِي حَالِ عَقْلِهِ لا يَجِبُ عَلَى الوليِّ أَنْ يَبْتَدِىءَ القِسمَ بَعْدَ جُنُونِهِ.

وَإِذَا أَفَاقَ فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ على أَنَّهُ ظَلَمَ وَاحِدَةً، أَوْ أَقَرَّتِ الَّتِي ظَلَمَهَا بِسَبَبِها قَضى لِلْمَظْلُومَةِ وَلا يَقبلُ قولُ الْوَلِي عَلَيْهِ بأني ظلمت.

وَإِنْ كَانَ يَجِنُّ يَوْماً وَيفِيقُ يَوْماً، فَأَيامُ الجنونِ كَالفَيْئَةِ، وَعَلَيْهِ الْقَسْمُ مِنْ أَيَّامِ إِفَاقَتِهِ، حَتَّى لَوْ أَقَامَ مِنْ حَالِ جُنُونِهِ أَيَّاماً عِنْدَ وَاحِدَة؛ فَلا قَضَاءَ، بِخِلافِ الجنون المطبق.

وَإِنْ كان الزوجُ مراهقاً فالإثمُ في الجور منسوب إلى وَلِيِّهِ، بخلاف المحجور عليه بالسَّفَهِ يأثم بالجورِ دون وَلِيِّهِ لأَنَّه مُكَلَّفٌ.

وَإِذَا نَشَزَتِ المَرْأَةُ، أَوْ امتنعتْ مِنْ التَّمْكِين ـ فلا قَسْمَ لَها، كَمَا لا نَفَقَةَ لَها، وَكَذَلِكَ الْمَجْنُونَةُ إِذَا امْتَنعَتْ، إلاّ أَنَّها لا تَأْثَمُ، وَالعَاقِلَةِ تَأْثَمُ وَكَذَلِكَ الأَمَةُ إِذَا لَمْ يَبُويها السيدُ مع الزَّوْجِ بَيْتاً، فَلا قَسْمَ لها وَلا نَفَقَةَ.

وَإِذَا سَافَرَت المرأةُ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ، أَوْ خَرَجَتْ إِلَى دَارِ قَوْمِهَا ـ سَقَطَ حَقُّها مِنْ الْقَسْمِ وَالنَّفَقَةِ، وإِنْ أَشخصها الزوج لحاجة نَفْسِه، فلا يسقطَ حَقُّها فَإِذا رجعت قَضىٰ لَهَا مِنْ حَقِّ الْبَاقِيَاتِ.

وَإِنْ خَرَجَتْ لِحَاجَةِ نَفْسِهَا بِإِذْنِ الزَّوْجِ، فَالمذهبُ وهو قَوْله الجديد: لا قَسْمَ لَهَا، وَلا نَفَقَةَ لأن المَنْعَ لِحَقِّ نَفْسِهَا، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي بَيْتِ الأب لا تعرض نَفْسَها عَلَيْهِ فَلا قَسْمَ لَهَا، وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ، وبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لا يَسْقِط حَقُّهَا؛ لأَنَّها خَرَجَتْ بِإِذْنِهِ، كَمَا لَوْ خَرَجَتْ مَعَهُ.

وَلَوْ لَزِمَ الزَّوْجَ بَيتاً، وَدَعَاهُنَّ إِلَى نَفْسِهِ عَلَى النَّوْبَةِ ـ يَجُوز إذا لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ وَاحِدَةٍ مِنَ الضَّرَائِرِ، وَعَلَيْهِنَّ الإِجَابَةُ، فَمَنْ امْتَنَعَتْ سقطَ حَقَّهَا، وَلَكِنْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُنَّ فِي بَيَاتِهِنَّ، أَوْ دُعَاتِهِنَّ إِلَى بَيْتِهِ.

وَلَوْ أَتَى البَعْضُ فِي دَارِها، وَدَعا بعضهن إِلَى نَفْسه ـ فَهُوَ ظُلْم، وَكَذَلِكَ لَوْ لَزِمَ بَيْتَ وَاحدةٍ مِنْهُنَّ، وَدَعا الأُخْرَيَاتِ إِلَيْهِ، فَمَنْ امْتَنَعَتْ لا يَبْطِلُ حَقُّهَا مِنْ الْقَسْمِ فَلَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُنَّ شَابَّةً حَسَنَةً، فخاف عليها الْفِتْنَة لَوْ بَرَزَتْ، فَحَضَرَهَا، وَدَعَا العَجُوزَ إِلَى بَيْتِهِ ـ جَازَ وعَلَيْهَا الإِجَابَة.

وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ دَار إِحْدَاهُما أَقْرب فَحضَرها، وَدَعا البَعِيدَةَ إِلَيْهِ ـ جَازَ، لأَنَّهُ آثَرَ التَّخْفِيفَ لا الإِضْرَارَ وَإِنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فِي بَلْدَيْنِ، فَأَقَامَ فِي بَلَدِ إِحْدَاهُما ـ نُظِرَ إِنْ لَم يَقِمْ مَعَهَا فِي مَنْزِلِهَا لا يَلْزِمَهُ القَضَاءُ للأُخْرَى، لأن المَقَامَ فِي الْبَلَدِ مَعَهَا لَيَسْ بِقِسْمٍ، وَإِذَا قَامَ مَعَها فِي مَنْزِلِهَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ للأُخْرَى، لأنَ الْقَسْمَ لا يسقطُ بِاخْتِلافِ البلاد.

وَإذا مَلَكَ رَجُلٌ عَدَدًا مِنَ الإمَاءِ فَلا قَسَمَ بَيْنَهُنَّ لأَنَّهُ مِنْ خَصَائِصِ النِّكَاحِ، وَلَكِنْ لا يَعْطِلهنَّ حَتَّى لا يُمَكِّنَّ إِلَى الفُجُور.

وَإِنْ كَانَ فِي نِكَاحِهِ مَعَهُنَّ نِسَاءٌ فَبَاتَ عِنْدَ الإمَاءِ ـ لا يَجِبْ عَلَيْه الْقَضَاءُ لِلْحرائر.

وَلا يَجُوزُ ـ لِلزَّوجُ أَنْ يَجْمَع بين الضَّرَّتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ إلاَّ بِرِضاهما، لِمَا فِيهِ مِنْ المُكَاشَفَةِ وَالخُصُومَة بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَتْ الدَّار تَشْتَمِل عَلَى حُجَرٍ تنفردُ كُلُّ حجرةٍ بِالْمَدَاخِل وَالْمَرَافِق فَأَسْكَنَ كُلَّ وَاحِدَةٍ حجرةً، أَوْ أَسْكَنَ إحْداهما السفل، والأخرى العلو، وَمَرَافِقُها مُتَمَيِّزَة ـ جَازَ.

ويجوزُ للزَّوْج تكليفُ امْرَأَتِهِ مُلازَمَةَ البَيْت، وَمَنْعها مِنَ الْخُرُوج لِزِيَارَةِ الآبَاءِ وَالأَوْلادِ وَعِيَادَتِهمْ إذَا مَرضُوا، وَشُهُودَ تَجْهِيزِهِمْ إذَا مَاتُوا، غَيْرِ أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَلاَّ يَمْنَعَهَا مِنَ الزِّيَارَةِ وَالعِيَادَةِ وَشُهُودِ التَّجْهِيزِ وَالمُوارَاةِ لئلا يُؤَدِّي إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ.

وَيَمْنعها مِنْ اتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ، لِمَا فِيهِ مِنْ الاخْتِلاطِ بِالرِّجَال. والله أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الحَالِ الَّذِي يَخْتَلِفُ فِيهَا حَالُ النِّسَاءِ

رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ قَالَ: مِنَ السُّنَّةِ إذَا تَزَوَّجَ الْبِكْرَ عَلَى الثَّيِّبَ أَقَامَ عِنْدَهَا سَبْعاً وَقَسَمَ[1]، وَإِذَا تَزَوَّجَ الثَّيِّبَ أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلاثاً.

وَإِذَا نَكَحَ رَجُلٌ جَدِيدَةً وَعِنْدَهُ أُخْرَى يَجِبْ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ سَبْعَ لَيَالٍ عَلَى التَّوَالِي إنْ كَانَتْ بَكْراً، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّباً فَثلاثَ لَيَالٍ. وَإِذَا تَزَوَّجَ وَعِنْدَهُ امْرَأَتَانِ أَوْ أَكْثَرَ قَطَعَ الدَّوْرِ حَتَّى

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٣١٣ ـ ٣١٤) كتاب النكاح: باب إذا تزوج البكر على الثيب، الحديث (٢٥١٣) وباب إذا تزوج الثيب على البكر، حديث (٥٢١٤) ومسلم (٢/ ١٠٨٤) كتاب الرضاع: باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج، الحديث (٤٤/ ١٤٦١) وأبو داود (٢/ ٥٩٥) كتاب النكاح: باب في المقام عند البكر، الحديث (٢١٢٢) والترمذي (٣/ ٤٤٥) كتاب النكاح: باب ما جاء في القسمة للبكر والثيب، الحديث (١١٣٩) وابن ماجه (١/ ٦١٧) كتاب النكاح: باب الإقامة على البكر والثيب، حديث (١٩١٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٧ ـ ٢٨) كتاب النكاح: باب مقدار ما يقيم الرجل عند الثيب أو البكر إذا تزوجها، وابن الجارود (ص ٢٤٢) كتاب النكاح، الحديث (٧٢٤)، والبيهقي (٧/ ٣٠١ ـ ٣٠٢) كتاب القسم والنشوز: باب الحال التي يختلف فيها حال النساء، من طريق أبي قلادة عن أنس قال: «من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعًا وقسم، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثًا ثم قسم، قال أبو قلادة ولو شئت لقلت إن أنسًا رفعه إلى النبي ﷺ» هذا بلفظ البخاري، ولفظ مسلم وأبي داود عن أبي قلادة عن أنس قال: «إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعًا، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثًا، ولو قلت إنه رفعه لصدقت، ولكنه قال: القسمة كذلك». وقال الترمذي: وقد رفعه محمد بن إسحاق عن أيوب.

رواية محمد بن إسحاق.

أخرجها الدارمي (٢/ ١٤٤) كتاب النكاح: باب الإقامة عند الثيب والبكر إذا بنى بها. وابن ماجه =

يُوَفِّيَ الْجَدِيدَةَ حَقَّ الزِّفَافِ، ثُمَّ يُسَوِّيَ بَيْنَهُنَّ فِي الْقَسْمِ، وَلا يَجِبُ قَضَاءُ حَقِّ الزِّفَافِ لِلْقَدِيمَاتِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَجِب.

وَيَجِبُ أَنْ يَبِيتَ تِلْكَ اللَّيَالِي عَلَى التَّوَالِي، لأنَّهُ لارْتِفَاعِ الحشْمَةِ بَيْنَهُما وَإِذَا فَرّق لا يَحْصَلُ الْمَقْصُودُ.

وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ ثَيَابَتُها بِنكاحٍ، أَوْ وَطءٍ أَوْ شُبْهَةٍ، أَوْ زنا.

فَإِنْ كَانَتْ بِمرصدٍ أَوْ وَثْبَةٍ ففيه وَجْهَانِ كالاسْتِئْذَان مِن النّكاح.

وَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الْبِكْرِ أَكْثَرَ مِنْ سَبْعٍ يَجِبْ عَلَيْهِ قَضَاءُ مَا زَادَ عَلَى السَّبْعِ لِلْبَاقِيَاتِ.

وَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيِّبِ سَبْعاً، نظر؛ إِنْ بَاتَ بِغَيْرِ اسْتِدعائها قَضَىٰ لِلْبَاقِيَاتِ الزِّيَادَةَ عَلَىٰ الثَّلاثِ، وَإِنْ بَاتَ بِاسْتِدْعَائِهَا قَضَىٰ الْكُلَّ للباقيات، لما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ لأُمِّ سَلَمَةَ: «إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ»[1].

فَجَعَلَ حَقَّهَا فِي السَّبْعِ بِشرط الْقَضَاءِ، وَفِي الثَّلاثِ بِلا قَضَاءٍ، فَإِذَا اختارت إِحْداهما بَطَلَ حَقُّهَا عَنْ الأُخرَى.

فَلَوْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيِّبِ خَمْساً أَوْ سِتّاً ـ لا يَقْضِي إلاَّ الزيَادة عَلَى الثَّلاَثِ.

وَلَوْ كَانَت تَحْتَهُ امْرَأَتَانِ فَقسم لإحداهما ثُمَّ نكَحَ جَدِيدَةً ـ أَوْفَى لِلْجَدِيدَة حَقَّ الزِّفَافِ، ثُمَّ قَسَمَ لِلْقَدِيمَةِ الأُخرَى، ثُمَّ قَسَّمَ لِلْجَدِيدَةِ نِصفَ لَيْلَةٍ؛ لأَنَّ لَهَا ثُلث الْقَسْمِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، ثُمَّ يستأنف الْقَسْمَ بَيْنَهُنَّ بِالسَّوِيَّةِ.

وَهَلْ يَنْتَصِفُ حَقُّ الزِّفَافِ بِالرِّقّ؟.

فيه وجهان، وإنما يتصورُ في العبد إذا نكَحَ أَمَةً وتحته حُرَّةٌ:

أحدهما: ينتصفُ كالقسم، فإن كانت الأَمَةُ بَكْراً يبيت عندهما ثلاثَ لَيَالٍ ونصفاً، وَإِنْ كَانَتْ ثيِّباً فَلَيْلَةً وَنصف.

= (١/ ٦١٧) كتاب النكاح: باب الإقامة على البكر والثيب، الحديث (١٩١٧) والدارقطني (٣/ ٢٨٣) كتاب النكاح: باب المهر، الحديث (١٤٠) وأبو نعيم في «الحلية» (٢/ ٢٨٨) ولفظه عن أنس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للبكر سبعة أيام، وللثيب ثلاثة أيام، ثم يعود».

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٢٩) كتاب النكاح: باب المقام عند البكر والثيب، الحديث (١٤) ومسلم (٢/ ١٠٨٣) كتاب الرضاع: باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها، الحديث (٤٢/ ١٤٦٠) أحمد (٦/ ٢٩٢) والدارمي (٢/ ١٤٤) كتاب النكاح: باب الإقامة عند البكر والثيب إذا بنى بها، وأبو داود (٢/ ٥٩٤) كتاب النكاح: باب المقام عند البكر، الحديث (٢١٢٢) وابن ماجه (١/ ٦١٧) كتاب النكاح: باب الإقامة على البكر والثيب، الحديث (١٩١٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٨) كتاب النكاح: باب مقدار ما يقيم الرجل عند الثيب أو البكر إذا تزوجها، وأبو يعلى (١٢/ ٤٢٩) رقم (٦٩٩٦) وابن حبان (٤٠٧٣ ـ الإحسان) والدارقطني (٣/ ٢٨٤) كتاب النكاح: باب المهر، الحديث (١٤٣) وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٩٥) والبيهقي (٧/ ٣٠٠، ٣٠١) كتاب القسم والنشوز: باب الحال التي يختلف فيها حال النساء، من حديث أم سلمة.

والثاني: لا ينتصف؛ لأنه لارتفاع الحشمة، وذلك معنى يرجع إلى الطَّبْع، فتستوي فيه الْحُرَّةُ وَالرَّقِيق كمدة العُنَّةِ وَالإيلاءِ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَصِفُ، فالاعتبارُ بحالِ الزِّفاف، إن نكحها وهي أُمَة فَزُفَّتْ إِلَيْهِ وَهِيَ حُرَّةٌ ـ فَلَهَا مَا لِلْحُرَّةِ وَإِنْ عتقت بعد الزِّفَافِ فَلَهَا مَا لِلإِمَاءِ.

قَالَ الشَّيخ ـ رحمه الله: وإن عَتِقَتْ فِي خِلالِ المِدةِ يحتملُ أَنْ يُقال: لَهَا مَا لِلْحَرَائِرِ، لأن المغيرَ وجد، وَثم أصل قائم في حق المغير والمغير، فيظهر أثر المغير بالتَّكمِيلِ. ولو نَكَحَ جَدِيدَتَيْن لا يُفَرِّقُ حَقَّ الزِّفَافِ بَيْنَهُمَا، بَلْ يَبِيتُ عِنْدَ إِحْدَاهُما تَمَامَ السَّبْعِ أَوْ الثَّلاثِ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الأُخْرَى، وَيَبْدَأُ بِمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ أَولاً، وَإِنْ تَقَدَّمَ عَقْدُ الأُخْرَى.

وَإِنْ زُفَّتَا إِلَيْهِ مَعاً أَقْرَعَ بَيْنَهُما فِي الْبِدَايَةِ.

وَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَتَيْهِمِ ولَيْسَتْ عِنْدَهُ أُخرَىٰ يَثْبُتُ لَهُمَا حَقُّ الزِّفَافِ.

وَلَوْ أَوْفَى لِلْجَدِيدَة حَقَّ الزِّفَاف، ثُمَّ طَلَّقَهَا رَجْعِياً، ثُمَّ رَاجَعَها ـ لا يَتَجدد لَهَا حَقُّ الزِّفَافِ.

وَلَوْ أَبَانَهُمَا ثُمَّ نَكَحَهَا فَقَوْلانِ: أَحَدُهُمَا: لا يَتَجَدَّدُ؛ لأَنَّ الحشمةَ قَدْ ارْتَفَعَتْ بَيْنَها بِالعَقْدِ الأَوَّل.

وَالثاني: وَهُوَ الأَصحُّ: يَتجددُ بحدوثِ الحشمةِ بالفراق، وكذلك لو أعتق سَرِيَّتَهُ ثُمَ نَكَحَهَا، هَلْ يثبت لها حَقُّ الزِّفَافِ؟.

فِيهِ قَوْلان: الأَصحُّ: أَنَّهُ يثبتُ، وَلَوْ أَبَانَهَا قَبْلَ أَنْ أَوْفَاهَا حَقَّ الزِّفَافِ، ثُمَّ نَكَحَهَا، عَلَيْهِ أَنْ يُوَفِّيها. قَالَ الشيخ: فَإِنْ كَانَتْ بِكْراً، فَبَاتَ عِنْدَها ثَلاثاً وَافْتَضَّهَا، ثُمَّ أَبَانَها، ثُمَّ نَكَحَهَا، إِنْ قُلْنا: يَتَجَدَّد لَهَا حَقُّ الزِّفَاف يبيت عندها ثلاثاً.

وَإِنْ قُلْنا: لا يتجدَّدُ يبيت عِنْدَهَا أَرْبَعاً؛ لأن النِّكَاحَ الثَّانِي يُبْنَى علَى الأَوَّلِ فِي حَقِّ الزِّفَافِ عَلَى هَذا الْقَول، وَهِيَ إِنْ كَانَتْ بِكْراً في الأول، فَحقُّها كَانَ فِي السَّبْعِ وَلَمْ يُوَفِّهَا كَمَالَ السَّبْعِ.

وَمَنْ نَكَحَ امْرأَةً لا ينبغي له أن يَتَخَلَّفَ عَنْ الجماعات، وعيادةِ المَرِيضِ، أو اتباع الْجَنَائِز، وَإِصَابَةِ الدَّعْوَاتِ، وَعَمَّا كَانَ يفعلُ مِنْ أَعْمَال الْبِرِّ.

بَابُ القَسْمِ بَيْنَ النِّسَاءِ إِذَا حَضَرَ سَفَراً

رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ الله عَنْهَا قَالَت: كَانَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ إذا أَرَادَ سَفَراً أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ، فَأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهُمَا خَرَجَ بِهَا[1].

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٨) كتاب الهبة: باب هبة المرأة لغير زوجها، الحديث (٢٥٩٣) ومسلم (٤/ ٢١٣٠) كتاب التوبة: باب في حديث الإفك، الحديث (٥٦/ ٢٧٧٠) والنسائي في «الكبرى» =

إذَا أَرَادَ الرَّجلُ سَفَراً وتحتهُ نِسْوَةٌ، فَأَرَادَ حملَ بعضهن مَع نَفْسِهِ[1] ـ نُظِرَ إنْ كَانَ سَفَرَ نقلةٍ، فَلا يَجُوزُ لَهُ حَمْلَ بَعْضِهِنَّ لا بِالْقُرْعَةِ، وَلا يُغَيِّرَ الْقُرْعَةِ، فَإنْ فَعَلَ عَطَىٰ، وَعَلَيْهِ قَضَاءُ مُدَّةِ الغيبةِ للمُتخلِّفاتِ. وَإذا أَرَادَ سَفَرَ حَاجَةٍ، وَكَانَ سَفَرُهُ يَبلغ مَسَافَةَ الْقَصْرِ ـ يقرعُ بَيْنَهُنَّ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهَا الْقُرْعَةُ حَمَلَهَا مَعْ نَفْسِهِ، فَإنْ حَمَلَهَا بِغَيْرِ قُرْعَةٍ عَصَىٰ الله، وَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ لِلمُخلَّفَاتِ، فَإنْ حَمَلَ بِالْقُرْعَةِ لا يَجِبُ الْقَضَاءُ لِلْمُخلَّفَاتِ وَإنْ طَالَ مُدَّةَ سَفَرِهِ؛ لأنَّ الْمُسَافِرَةَ وَإنْ حَظِيَتْ بصحبة الزَّوْجِ، فَقَدْ شَقِيَتْ ـ بِمَشَقَّةِ السَّفَرِ. وَإنْ كَانَ سَفَرُهُ لا يَبْلغ مَسَافَةَ الْقَصْرِ، فَفِيهِ وَجْهان:

= (٥/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦) كتاب عشرة النساء: باب قرعة الرجل بين نسائه إذا أراد السفر، حديث (٨٩٣١) وابن الجارود (ص ٧٢٣) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعلقمة بن وقاص وعبيد الله بن عبد الله عن عائشة قالت: «كان النبي ﷺ إذا أراد أن يخرج في سفر أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج من سهمهما خرج بها معه».

(١) يحرم عليه في سفر النقلة ولو قصيرًا أن يستصحب بعضهن، ويبقي بعضهن على ذمته، ولو بقرعة، وأن يترك الجميع، لتضررهن بالتخلف ويأسهن من البيتوتة والتحصن فأشبه الإيلاء بخلافه في الحضر لا يكلف بالبيتوتة اكتفاء بداعية الطبع، وعدم انقطاع رجائهن، فيجب أن ينقلهن جميعًا بنفسه أو بوكيله أو يطلقهن، أو يطلق بعضًا ويستصحب الباقي. نعم لو عجز عن استصحاب جميعهن دفعة، فيجوز أن يستصحب البعض أولاً بقرعة، ثم يرسل لأخذ الباقي أو يعود ليأخذهن.

وظاهر أن ذلك حيث لم يرضين وإلا فلا حرمة، ولا ينقل بعضهن بنفسه وبعضهن بوكيله إلا بقرعة، فيحرم ذلك بدونها ويشترط في الوكيل أن يكون محرمًا والأوجه الاكتفاء بالنسوة الثقات. ويقضي لمن بعثها مع الوكيل ولو بقرعة لاشتراكهن في السفر.

وكذلك يقضي لمن خلفهن ولو أقرع بينهن إذ ليس له أن يختص ببعض، كما في الحضر، وقيل لا قضاء إن أقرع.

ولو غير نية النقلة بنية السفر لغيرها، فهل يستمر القضاء والإثم عنه أو يستمر حكمهما إلى أن يرجع للباقيات وجهان، قال الزركشي نص الأم يقضي الجزم بالثاني.

وسفر غير النقلة هو بالخيار بين أن يسافر بجميعهن وبين أن يتركهن كلهن وبين أن يسافر ببعضهن ويترك بعضهن.

أما السفر بجميعهن فلأن رسول الله ﷺ سافر بجميع نسائه في حجة الوداع ولأنه يستحق الاستمتاع بهن في السفر كما يستحقه في الحضر.

فإذا سافر بهن كن على قسمهن في السفر، كما كن عليه في الحضر، فإن امتنعت واحدة منهن عن السفر معه نشزت وسقط قسمها ونفقتها، إلا أن تكون معذورة بمرض يعجزها عن السفر، فلا تعصى ولها النفقة ولا يلزمه قضاء قسمها لأنه قد بذل ذلك لها فكان الامتناع من جهتها وإن عذرت فيه. وليس من العذر امتناعها لسفره في معصية لأنه لا يدعوها إلى معصية بل لاستيفاء حقه.

وأما تركهن كلهن فلأنه إذا اعتزلهن وهو مقيم جاز، فإذا اعتزلهن بالسفر كان أولى بالجواز إذا قام بما يجب لهن من الكسوة والنفقة والسكنى فإذا خفن على أنفسهن إذا سافر عنهن لزمه أن يسكنهن في موضع يأمن فيه، فإن وجد ذلك في وطنه، وإلا نقلهن إلى غيره من المواطن المأمونة، فإن أمرهن بعد =

أحدهما: لا يَجُوزُ حملُ بَعْضِهِنَّ بِالْقُرْعَةِ؛ لأنَّهُ فِي حُكْمِ المقيم، وَلا يَجُوزُ لِلْمُقِيمِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الْبَعْضِ، وَيَهْجرُ الْبَوَاقِي بِالْقُرْعَةِ.

وَالثَّانِي: يَجُوزُ؛ كَمَا فِي السَّفَرِ الطَّوِيلِ، وَهذا أَصَحُّ. وَإذا خَرَجَتْ قُرْعَةُ وَاحِدَةٍ لَيْسَ لَهُ أنْ يَعْدِلَ عَنْهَا إلَى غَيْرها وَلَوْ أَرَاد أَنْ يَتْرُكَها وَيَخْرج وَحْدَهُ يَجوزُ.

وَلَوْ حَمِلَ بَعْضَهُنَّ بِالْقُرْعَةِ، وَزَادَ مقامه فِي بَلَد عَلَى مَقَامِ الْمُسَافِرِين - يَجِبْ عَلَيْهِ أَنْ

= سفره عنهن أن يخرجن إليه لزمهن الخروج إذا كان السفر مأمونًا ووجدن ذا محرم، فإن امتنعن نشزن وسقطت نفقاتهن.

وأما سفره ببعضهن دون بعض فلأن النبي ﷺ فعل ذلك في أكثر أسفاره ويجب عليه الإقراع بينهن، فأيتهن قرعت سافر بها، لما روى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ «كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه فَأَيُّهُنَّ خَرَجَ سَهْمَهَا خَرَجَ بها معه» ولأنهن قد تساوين في استحقاق القسم، فلم يجز أن يميزهن فيه من غير قرعة، كابتداء القسم، ولو راضاهن على السفر بواحدة منهن بغير قرعة جاز لهن الرجوع قبل سفره، فإن شرع وسار حتى جاز له القصر فلا رجوع واستقر حكم التراضي بسفرها.

واو أراد الزوج بعد خروجها بالمراضاة أو القرعة أن يردها جاز لأن له أن يعتزلها في السفر، فجاز له ردها. ومن باب أولى لو تركها بعد القرعة وقبل السفر، إلا إن كان يريد السفر بغيرها، فلا يجوز لأنه حق قد تعين لها.

وإذا سافر باثنتين أو ثلاث قسم بينهن في السفر، كالحضر، إلا أن يعتزلهن فيسقط القسم. وإذا أراد رد واحدة منهن لم يكن ردها إلا بالقرعة.

وفي حال القرعة أو التراضي لا يقضي للمقيمات مدة سفره مع الخارجة سواء اعتزلها أو خالطها، لأن عائشة رضي الله عنها لما حكت قرعة رسول الله ﷺ لم تحك بأنه قضى باقي نسائه مثل مدتها ولو فعله لحكته. وروي أن النبي ﷺ أقرع بين نسائه ببعض أسفاره فخرجت القرعة لعائشة وحفصة رضي الله عنهما فسافر بهما ولم يقض للباقيات؛ ولأن المسافرة وإن حظيت به، فقد عانت من لأواء السفر ومشاقه ما يقابل ذلك، كما أن المقيمة، وإن تضررت بالفراق فقد حصل لها من رفاهة المقام ما في مقابلته فلا يجمع لها بين القسم والرفاهة التي حرمتها المسافرة.

ويشترط في السفر هنا كونه مرخصًا لنص الشافعي أن هذا من رخصه، ففي سفر المعصية يأثم ويقضي للباقيات، وإن أقرع وإن كان يلزم من عينتها له القرعة الإجابة إلا أنه لا يشترط هنا طول السفر في الأصح.

وقيل: لا يستصحب في القصيرة لأنها كالإقامة ولا يندرج حق لها قد ثبت قبل السفر في أيام السفر لأن أيام السفر حق لها خاصة، إلا إذا كان السفر بها بغير قرعة، فإنه يندرج.

أما في حال عدم القرعة، وعدم التراضي، فإنه يجب عليه القضاء للمتخلفات لتعديه وسيلة إلا إذا أخلفها في بلد، فلا قضاء.

وقال الماوردي: إذا اعتزلها في السفر، فلا قضاء، ولا يكون قربه منها في السفر قسمًا يقضي، كما لا يكون القرب في الحضر قسمًا يؤدى، فلو خالطها شهرًا، واعتزلها شهرًا، قضى شهر المخالطة دون الاعتزال، ورجح البلقيني أنه متى تعدى يقضي مطلقًا، وإن خلفها في بلد.

ينظر نص كلام شيخنا أحمد عبد القادر في القسم والنشوز.

يَقْضِيَ لِلْمُخَلَّفَاتِ مَا زَادَ عَلَى مَقَامِ الْمُسَافِرِينَ.

وَإِنْ دَخَلَ بَلَداً فَلَما دَخَلَهُ نَوَى إِقَامَةَ أَرْبَع ـ يَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاءُ مُدَة مُكْثِهِ فِي تِلْكَ الْبَلْدَةِ، وَلا يَجِبُ قَضَاءُ مُدَّة الرُّجُوعِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ؛ لأنْ حُكْمَ الأَوَّلِ قَدْ انقَطَعَ بِالإِقَامَةِ.

أَمَّا إِذَا أَخْرَجَ وَاحِدَةً بِغَيْرِ قُرْعَةٍ، عَلَيْهِ أَنْ يَقْضِيَ لِلْمُخَلَّفَاتِ مِنْ حِينِ خَرَجَ إِلَى أنْ يَرْجعَ إِلَيْهِنَّ.

وَقِيلَ: لا يَجِبُ القضاءُ مِنْ حِين قَصَدَ الرُّجُوعِ؛ لأن الرُّجُوعَ خروجٌ عَنْ الْمَعْصِيَة.

وَلَوْ أَخْرَجَ وَاحِدَةً بِالْقُرْعَةِ، ثُمَّ عَزَمَ عَلَى الإِقَامَةِ فِي بَلد، وَكَتَبَ الْبَوَاقِي يستحضرهن ـ هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ وَمِنْ وَقْتِ مَا كَتَبَ إليهن؟.

فِيهِ وَجْهَانِ وَلَوْ نَوَى بَلداً فَلَمَّا بَلَغَهُ بَدا لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ إِلَى بَلَدٍ آخر أَبْعَدَ مِنْهُ ـ لَهُ ذَلِكَ، وَلا يَجِبُ الْقَضَاءُ؛ لأنَّهُ بناءُ سَفَرٍ عَلَى سَفَرٍ.

وَلَوْ خَرَجَ بَاثنتين بِالْقُرْعَةِ يَجِبُ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُما فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْداهُما جَدِيدَةً لَمْ يُوَفِّهَا حَقَّ الزِّفَافِ ـ أَوْفَىٰ لَهَا حَقَّ الزِّفَافِ، ثُمَّ قَسم بَيْنَهُمَا. فَلَوْ ظَلَمَ وَاحِدَةً فِي الطَّرِيقِ قَضَىٰ فِي الطَّرِيقِ، فَلَوْ لَمْ يَتفق الْقَضَاء فِي السَّفَرِ؛ فإذا رَجعَ قَضَىٰ لِلْمَظْلُومَةِ مِنْ حَقِّ مَنْ ظَلَمَها بِسَبَبِها.

وَكَذَلِكَ لَوْ خَرَجَ بَاثنتين وإحداهُما بِقُرْعَةٍ، وَالأُخْرَى بِغَيْرِ قُرعةٍ ـ عَلَيْهِ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمَا فِي الطَّرِيقِ، فَإذا رَجع قَضَىٰ لِلْمُخلَّفاتِ مِنْ نَوْبَةِ مَنْ أَخْرَجَهَا بلا قُرْعَةٍ.

وَلَوْ خَرَجَ بِاثْنَتَيْنِ بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ نكحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً ـ خَصَّ الجديدةَ بِحَقِّ الزِّفَافِ، ثُمَّ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمَا فِي الْقَسْمِ، فَإذا رَجَعَ لا يَجِبُ الْقَضَاءُ لِلْمُخَلَّفَاتِ. قَالَ الشيخُ: وَكَذَلِكَ لَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ، فَنكَحَ جَدِيدَةً لا يَقضي لِلْمُخَلَّفَاتِ، فَإِنْ نَوَى الإِقَامَةِ فِي مَوْضِعٍ قَضَىٰ لِلْمُخَلَّفَاتِ مِنْ حِين نَوَى الإِقَامَةِ إلاَّ حَق الزِّفَافِ.

وَفِي مدة الانْصِرافِ وَجْهان.

وَلَوْ نكحَ جَدِيدةً عَلَى قَدِيمَةٍ، فَقَبْلَ أَنْ يوفي الجديدة حَقَّ الزِّفَافِ، أَخْرَجَ وَاحِدَةً إِلَى سَفَرٍ بِالْقُرْعَةِ ـ جَازَ، ثُمَّ نَظَر إنْ أخرج الْقَدِيمَةَ فَإِذا رَجَعَ أَوْفَى الجَدِيدةَ حَقَّ الزِّفَافِ، وَإِنْ أَخْرَجَ الجَدِيدةَ فمقامه معها فِي السَّفَرِ مَحْسُوبٌ مِنْ حَقِّ الزِّفَافِ.

قَالَ الشيخ: وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَلَمَ وَاحِدَةً بليالٍ، ثُمَّ خَرَجَ بِالْمَظْلُومَةِ إِلَى السَّفَرِ بِالْقُرْعَةِ ـ فمدة مقامها مَعَهُ فِي السَّفَرِ لا تُحْسَبُ مِنَ الْقَضَاءِ؛ لأن القضاءَ وَاجِبٌ لَهَا مِنْ حَقِّ ضَرَّتِهَا، فَأيامُ السَّفَرِ حَقٌّ لَهَا عَلَى الخُصُوص، فَلا تُحْسَبُ مِنَ القَضَاء، بِخلاف حَقِّ الزِّفَافِ، فَإِنَّهُ ثابِتٌ لَهَا مِنْ غَيْر أن يَكُونَ لِضَرَّتِها بإزائه شَيْء، من حقِّهَا.

قَالَ الشيخ: وإنْ خَرَجَ بِهَا بِلا قُرْعَةٍ حَسَب القَضَاء، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ لِنُقْلَةٍ، فَنكحَ امْرَأَةً

فِي بَلَدٍ، فَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ القَضَاءُ لِلْمُخَلَّفاتِ مُدَّة مقامه مَعَهَا إلاَّ قَدر حَقِّ الزِّفَافِ.

وَفِي مُدَّة الانْصِرافِ وَجْهان: أحدهما: لا يَقْضي لأن الانْصِرافَ لا بُدَّ مِنْهُ.

فَإِنْ نَكَحَ الجَدِيدَةَ فِي الانْصِرافِ، فَلا يَجِبُ أَنْ يَقْضي مِنْهَا شَيْئاً، وَإِنْ خَرَجَ لنقلةِ حَمَلَهُنَّ: بَعْضُهُنَّ مَع نَفْسِهِ وَبَعْضَهُنَّ مَعَ وَكِيلِهِ ـ لا يَجُوزُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ إلاَّ بِقُرْعَةٍ فَإِنْ فَعَلَ بِلا قُرْعَةٍ قَضَىٰ لِمَنْ بَعَثَهُنَّ مَعَ وَكِيلِهِ.

بَابُ النُّشُوزِ وَالشِّقَاقِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ

قَالَ الله تَعَالىٰ: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] الآية إِذَا نَشَزَتِ[1] المرأةُ وَعَظَهَا الزَّوجُ، وَهَجَرَها، وَضَرَبَها.

---

(١) الحق الواجب للزوج على زوجته: طاعته وملازمة المسكن ومعاشرته بالمعروف. والحق الواجب لها عليه المهر والقسم والمؤنة والمعاشرة بالمعروف.

فالنشوز هو امتناع الزوجة أو الزوج عن تأدية الحق الواجب على كل منهما للآخر كما علم فيما تقدم.

فنشوز الزوجة كخروجها من البيت بغير إذنه لا إلى قاض يطلب الحق منه ولا إلى اكتسابها النفقة، إذا أعسر بها الزوج ولا إلى الاستفتاء إن لم يكن زوجها فقيهًا، ولم يستفت لها، وكغلقها الباب في وجهه، وكمنعها له من الاستمتاع بها ولو بغير جماع كقبلة حيث لا عذر في امتناعها منها فإن عذرت كأن كان به صنان، أو بخر مستحكم وتأذت به تأذيًا لا يحتمل عادة لم تعد ناشزة، وتصدق في ذلك إن لم تدل قرينة على كذبها.

وسئل العلامة ابن حجر عما إذا امتنعت الزوجة من تمكين الزوج لتشعثه وكثرة أوساخه هل تكون ناشزة أم لا، فأجاب: لا تكون ناشزة بذلك، ومثله كل ما تجبر المرأة على إزالته أخذًا بما في «البيان»: أن كل ما يتأذى به الإنسان يجب على الزوج إزالته. هذا، وقد تقدم في القسم أمثلة كثيرة لنشوز الزوجة.

وليس من النشوز: شتمها وضربها له، لكن تأثم، ويتولى الزوج على الأصح تأديبها بنفسه على ذلك بالشروط التي ستأتي في ضربها، للنشوز، ولا يرفعها إلى القاضي ليؤدبها لأن فيه مشقة، وعارًا وتنكيدًا للاستمتاع فيما بعد وتوحيشًا للقلوب؛ وهذا إن لم يكن بينهما عداوة، وإلا فيتعين الرفع للقاضي.

ونشوز الزوج بأن يمنعها حقًّا لها كقسم ونفقة، أو يؤذيها بضرب أو غيره بلا سبب.

إذا تقرر هذا فللنشوز أحوال ثلاثة لأنه إما أن يكون من الزوجة، أو من الزوج أو منهما.

(نشوز الزوجة) هنا أقسام ثلاثة:

أحدها: أن تظهر أمارات النشوز بأن تغير عاداتها الحسنة معه إلى أخرى قبيحة، كالعبوس وطلاقة الوجه، والكلام الخشن بعد لينه.

ثانيها: أن تظهر منها ابتداء النشوز.

ثالثها: أن تداوم عليه ويتكرر منها.

وقد جعل الله عقوبتها على النشوز بثلاثة أحكام. قال تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن =

= واهجروهن في المضاجع واضربوهن﴾.

وقد يختلف قول الشافعي رضي الله عنه في العقوبات الثلاث، هل تترتب على الأقسام الثلاثة أم لا؟ على قولين: (أحدهما): وهو المنصوص عليه في الحديث أنها مرتبة ويكون الترتيب مضمنًا في الآية ويكون معناها إن خاف نشوزها وعظها فإن أبدت النشوز هجرها فإن أقامت عليه ضربها، ويكون هذا الإضمار في ترتيبها، كالمضر في قوله تعالى ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادًا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف﴾ فإن المعنى أن يقتلوا إن قتلوا، أو يصلبوا إن قتلوا وأخذوا المال أو تقطع أيديهم، وأرجلهم من خلاف، إن أخذوا المال، ولم يقتلوا. كذلك آية النشوز؛ لأن العقوبات المختلفة يجب أن تكون في ذنوب مختلفة، ولا تكون كبائر العقوبات لصغائر الذنوب ولا صغائر العقوبات لكبائر الذنوب. فاختلاف العقوبات يوجب أن تكون على اختلاف الذنوب.

والقول الثاني: قاله في «القديم» وهو أن العقوبات الثلاث مستحقة في حالتين، وقد اختلف الأصحاب في كيفيتهما على وجهين:

أحدهما: هو قول البصريين: إنه إذا خاف نشوزها وعظها وهجرها، فإذا أبدت النشوز ضربها، وكذلك إذا أقامت عليه.

والوجه الثاني: وهو قول البغداديين: إنه إذا خاف نشوزها وعظها، فإذا أبدت النشوز هجرها وضربها، وكذلك إذا أقامت عليه.

ووجه هذا القول: أن العقوبة هي الضرب، وما تقدمه إنذار، والعقوبة تكون بالإقدام على الذنب لا بمداومته كسائر الحدود، ولعل الوجه الثاني يمنع الهجر في الحالة الأولى، لأنه يرى الوعظ كافيًا، وقد يكون ما حصل منها راجعًا إلى مرض، أو ألم نفساني لا إلى النشوز.

فصار تحرير المذهب في ذلك أن له عند خوف النشوز أن يعظها، وهل له أن يهجرها أم لا على وجهين، وله عند إبداء النشوز أن يعظها ويهجرها، وهل له أن يضربها أم لا على قولين: وله عند تمامها على النشوز أن يعظها ويهجرها ويضربها.

وقد اختار الرافعي القول الأول، ورجح النووي الوجه الثاني من القول الثاني.

وقال الجلال المحلي: والخوف هنا - فيما رجحه النووي - بمعنى العلم، كما في قوله تعالى: ﴿فمن خاف من مؤمن بغضًا أو إثمًا﴾ والأول - مختار الرافعي - أبقاه على ظاهره. هـ. ولكن فيه أن الآية لم تتناول الحالة الأولى، وهو يخالف ما تقدم الله به، إلا أن يريد تعضيد مختار النووي في الضرب في الحالة الثانية بوجه آخر ويجعل الآية قاصرة على هذا الظاهر هنا في العطف بالواو. ويكون هذا جوابًا عما قيل في ترجيح مختار الرافعي أنه سبحانه رتب العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في انتفاء الضرب قبل إظهاره.

ثم بقي أن ذكره تعالى العقوبات متصاعدة على الوجه المبين في الآية فيه تنبيهٌ ظاهرٌ على الترتيب، وأجيب بأن ذلك إشارة إلى أنه لا ينتقل إلى نوع، وهو يرى ما دونه كافيًا، وذلك شرط بالاتفاق.

هذا وقد قال ابن حجر: إن جمعًا من المتأخِّرين نازعوا في مختار النووي، واختاروا ما اختاره الرافعي.

العقوبات وشروطها.

أما العظة فكأن يقول لها: اتق الله في الحق الواجب لي عليك، واحذري العقوبة، ويبين لها أن =

. . . .

= النشوز يسقط النفقة والقسم. ويستحب أن يذكر لها ما في الصحيحين من خبر: «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح»، وما في الترمذي من خبر: «أيما امرأة باتت وزوجها راضٍ عنها دخلت الجنة». وهذه العظة وإن كانت على خوف نشوز لم يتحقق، فليست بضارة، لأنها إن كانت تضمر النشوز فقد تكفها عنه، وتمنعها من ابتدائه، وإلا فلا يضرها أن تعلم حكم الله في النشوز.

وأما الهجر فنوعان: هجر في الفعل وهو المراد في الآية، وهو ألا يضاجعها في فراش، أو يوليها ظهره فيه، أو يعتزلها في بيت غيره، والأخير إذا كان يترتب عليه فوات حق لها هو الذي يجوز في العقوبة. وأما الأولان فهما من حقه وإنما فله تركهما في أي حال كما تقدم مفصلاً في القسم، وهجر في الكلام، وقد قال الشافعي (رضي الله عنه): لا أرى به بأسًا، فكأنه يرى أن الآية وإن لم تتضمنه فهو من إحدى الزواجر، إلا أن هجر الفعل يجوز أن يستديمه الزوج، بحسب ما يراه صلاحًا.

وأما هجر الكلام فلا يجوز أن يستديمه أكثر من ثلاثة أيام لقوله (ﷺ): «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث، والسابق أسبقهما إلى الجنة»، إلا أن قصد به ردها عن المعصية، وإصلاح دينها لا حظ نفسه ولا الأمدين، كما استظهره الرملي، وابن حجر، لندب هجر الفاسق والمبتدع ومن يرجى بالهجر صلاح دينه أو دنياه، ومن ثم هجر رسول الله (ﷺ) الثلاثة الذين خلفوا، ونهى الصحابة عن كلامهم.

وأما الضرب: فهو ضرب التأديب والإصلاح، وهو كضرب التعزير لا يجوز أن يبلغ به أدنى الحدود، فلا يجوز ضرب الحرة أربعين، وغيرها عشرين، وإنما يضرب إن ظن أنه يفيد وإلا حرم؛ لأنه عقوبة مستغنى عنها، وإنما ضرب للحد والتعزير مطلقًا لعموم المصلحة فيهما. ولا يجوز ضربُ مدم أو مبرح، قال (عليه الصلاة والسلام): «اضربوهن إذا عصينكم في المعروف ضربًا غير مبرح»، والمبرح ما يعظم ألمه بأن يخشى منه مبيح تيمم، وإن لم تنزجر إلا به. ويؤيد هذا المعنى ما نقله الروياني عن الأصحاب يضربها بمنديل ملفوف، أو بيده، لا بسوط ولا بعصا. والفرق بين ما هنا وبين الحدود حيث يضرب بالسوط، أن الحق هنا لنفسه، والأولى له العفو، فخفف فيه ما لم يخفف في غيره. فلا يجوز ضرب نحو نحيفة لا تطيقه، ولا على مهلك، أو وجه. وقد نهى (ﷺ) عن الضرب على الوجه.

ولم يجب الرفع هنا للحاكم للمشقة، ولأن نشوزها قد لا يمكن الاطلاع عليه لأحد؛ ولأن القصد ردها للطاعة، كما أفاده قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾، على أن ذلك إذا لم يكن بينهما عداوة، وإلا فيتعيَّن الرفع للمحاكم كما أفاده الزركشي وهو المعتمد، ولو ادعى أن سبب الضرب النشوز، وأنكرت ففيه احتمالان، والمعتمد أنه هو الذي يصدق بيمينه، لأن الشرع جعله وليًا عليها. وذلك بالنسبة لعدم مؤاخذته، لا بالنسبة لسقوط نفقتها وكسوتها وحقها في القسم، فتصدق هي، ومحل تصديقه إن لم تعلم جراءته واستهتاره، وإلا لم يصدق إلا ببينة، فإن لم يقمها صدقت في أنه تعدى بضربها.

وقد ورد في السنة النهي عن ضرب النساء، كقوله (ﷺ): «لا تضربوا إماء الله».

مذهب الشافعي أن القرآن لا ينسخ السنة، وقد أجاب عن ذلك الأصحاب بثلاثة أجوبة: الأول: أن ذلك في غير النشوز. الثاني: أن النهي للاختيار، فالضرب وإن كان مباحًا بالإذن فيه فتركه أولى للنهي عنه. الثالث: أنها منسوخة بالأحاديث المبيحة للضرب.

هذا: وقد تقدم في أثناء الكلام شرط عام للعقوبات، وهو أنه لا ينتقل من عقوبة إلى ما فوقها إلا إذا كانت غير كافية، كما في الصَّائل. ينظر نص كلام شيخنا أحمد عبد القادر في القسم والنشوز.

نَعْنِي بِالوعظ: أن يُخَوِّفَهَا بِالله ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ وَبما يَلْحقها مِنَ الضَّرَرِ بِسِقُوطِ النَّفَقَةَ وَالْقَسْم.

وَنَعْنِي بِالهجر: أن يهجرها في الْمَضْجَعِ، أَمَّا بِالكلامِ فَلا. وَنَعْني بِالضرب: أَنْ يَضْرِبها ضَرْباً غَيْرَ مُبَرِّحٍ، وَلا يدمي، وَيَتَّقِي الْوَجْهَ وَالمَهَالِكَ.

وَإِذَا نَشَزَتْ أَوَّلَ مرةٍ، هَلْ يَجْمَعُ بَيْنَ هَذِهِ الأَشْيَاءِ؟ ـ فِيهِ قَوْلان:

أحدهما: بَلَىٰ، وَالمرادُ بِهِ مِنَ الخَوْفِ العلمُ؛ كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً﴾ [البقرة: ١٨٢] أي: علم.

وَالقَوْلُ الثَّاني: لا يَجمعُ بَيْنَها بِأَوَّلَ مَرَّةٍ.

وَتَنْزِيلَ هِذِهِ المَعَانِي عَلى تَرْتِيب الْجَرَائِمِ، فَإِنْ خَافَ نُشُوزَهَا، بِأَنْ ظَهَرَتْ أَمَارَاتُهُ مِنَ المخاشنةِ، وسوءِ الْخُلُقِ وَعِظَها، فَإِنْ أَبْدَتِ النُّشُوزَ وَنَشَزَتْ أَوَّلَ مَرَّةٍ ـ هَجَرَها، فَإِنْ أَصَرَّتْ عَلَيْهِ ضَرَبَها؛ لأَنَّ الله تَعَالَى قَالَ: ﴿وَالَّلاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] والخوفُ الخشيةُ مِنْ غَيْرِ أن يَتَحَقَّقَ؛ كَمَا قَالَ تَعَالىٰ: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ﴾ [الأنفال: ٥٨] وَلا تَسْقطُ نَفَقَةُ الْمَرَأَةِ، وَلا حَقُّها مِن الْقَسْمِ بِسوءِ الْخُلُقِ، وَإِطالَةَ اللِّسَانِ، وَإِنْ كَانَتْ آثِمة مَا لَمْ تمنع مِنَ التَّمْكِين.

وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ، نَظَرَ إِنْ كَانَ لا يَمْنَعها شَيْئاً مِنْ حَقِّهَا، لَكِنَّهُ يَكْرَهُ صُحْبَتَها لِمَرَضٍ أَوْ كِبَرٍ، أَوْ مَعَنى آخر، فَلا يَدْعُوها إِلَى فِراشِهِ، أَوْ يُرِيدُ طَلاقَهَا ـ فَلا حِيلَةَ فِيهِ؛ لأَنَّهُ مُبَاحٌ لَهُ.

فَإِنْ سَمَحَتْ بِتَرْكِ حَقِّهَا مِنْ قسم، أَوْ نَفَقَةٍ طَلَباً لِلْصُّلح، فَهُوَ حَسَنٌ. قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضـاً فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحَ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] كَمَا أَنَّ سَوْدَةَ أَرَادَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَوَهَبَتْ نَوْبَتَها لِعَائِشَةَ[١].

وَإِنْ كَانَ يَمْنَعَها شَيْئاً مِنْ حَقِّها مِنْ نَفَقَةٍ، أَوْ كُسْوَةٍ، أَوْ قَسْمٍ ـ أَجْبَرَهُ السُّلْطانُ عَلَى أدعاء حَقِّها.

وَإِنْ شَكَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ سُوءَ خُلُقِ صَاحبه، وَقبح مُعَامَلَتِهِ، وَأَشْكَلَ الأمر عَلَى الحَاكِمِ ـ تَعرَّف حالهما مِنْ عَدْلٍ فِي جوارهما، فَإِن لَمْ يَكُنْ عَدْلٌ أَسْكَنَها إِلَى جَنْبِ ثِقَةٍ لِيَتعرف أَحْوَالِهُما، فَإِذا تَبيَّنَ لَهُ مَنَعَ الظَّالِمَ مِنَ الظُّلْمِ.

وَإِذَا ظَهَرَ الشِّقَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَصَارَ مِنْ القولِ وَالفعلِ إِلَى ما لا يَحلُّ من الضَّرْبِ

(١) تقدم.

وَالشَّتْم، واشتبه حالهُما، فَلا الرجل يَفْعَلُ الصَّفْحَ أَوْ الفرقةَ، ولا المرأة تُؤديه الحقَّ أَوْ الفرقة - فَعلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَبْعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ إِلَيْهَا وَحَكَماً مِنْ أَهْلِها إِلَيْهِ؛ كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٣٥]. فيخلو كُلُّ وَاحِدٍ مِن الْحَكَمَيْنِ بصاحبه، ويستطلع رَأْيَهُ، ورغبته فماذا؟ من الوصلة أَوْ الفرقةِ، وما الَّذِي يَكْرَهُ مِن صَاحِبِهِ؟.

وَإِنَّما بَعَثْنَا إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ؛ للآية، وَلْيُفْشِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْها سِرَّهُ إِلَى أَهْلِهِ وَقريبه مِنْ غَيْرِ حشمةٍ، فَيَكُون أَقْرَبَ إِلَى الصَّلاحِ. وَيَجُوزُ بَعْثُ الحَكَمين مِنَ الأَجَانِبِ؛ لأَنَّهُ فِي أَحَدِ الْقَوْلَين توكيلٌ، وَفِي الآخر حكم.

ويجوز كل واحد أن يذهب غَيْر الأهلِ إلاَّ أَنَّ الأهلَ أَوْلَى؛ لأَنَّهُ أَقْرب إِلَى الصَّلاحِ.

فَإِن كَانَ الحَاكِمُ قَرِيباً لِوَاحِدٍ جَازَ أَنْ يَذْهَبَ بِنَفْسِهِ.

وَيَشْتَرِطُ أَنْ يَكُونَ الْحَكَمَانِ حُرَّيْنِ، بَالِغَيْنِ، ذَكَرَيْنِ، عَدْلَيْنِ.

ثُمَّ إن جَعَلْنَاهُمَا حكمين بشرط أَنْ يكونا فَقِيهَيْن.

ثُمَّ إذا عَرَفَ كُلُّ واحدٍ من الحَكَمَيْنِ مُرَادَ صَاحِبِهِ يَجْتَمِعَانِ، ولا يُخْفى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الآخَر ما سَمِعَ مِنْ صَاحِبِهِ. ويتعدان ما يستوصيان وهذا التحكيم توليةٌ أَوْ تَوْكِيلٌ؟ فِيهِ قَوْلان:

أصحهما وبه قال أبو حنيفة: توكيل، فعلى هذا لا يجوزُ بَعْثُ الْحَكَمَيْنِ إلاَّ بِرِضَاهما، وَلا يَجُوزُ لحكم الرَّجل التطليق إلاَّ بإذنِهِ، وَلا لحكم المرأة فِي الاخْتِلاعِ بمالها إلاَّ بإذنها.

فإن أبيَا الاتفاقَ علَى شَيْءٍ حَكَمَ الحاكمُ بَيْنهُما بحكم مَنِ اسْتَوْفَىٰ حقَّ المظلوم؛ وأَدَّبَ الظَّالم

والقولُ الثَّاني: هو تحكيمٌ؛ لأن الله تعالى - سَمَّاهُمَا حَكَمَيْنِ فَحَكَمُ الرَّجل إن رأى المصلحةَ فِي التَّطْلِيقِ أَوْ الخلعِ فعله، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بِهِ الرَّجُلُ.

وَحَكَمُ المَرْأَةِ إِنْ رَأَىٰ الصَّلاحَ فِي الاخْتِلاعِ اخْتَلَعَهَا وَإِنْ لَمْ تَأذن فِيهِ ثُمَّ إِنْ كَانَتْ الْمَصْلَحَةُ فِي التَّطْلِيقِ ينفردُ بِهِ حَكَمُ الرَّجل.

وَإِنْ كَانَ فِي الْخُلْعِ فَلا بِدَّ مِنْهُ اجتماع الحَكَمَيْنِ عَلَيْهِ.

وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ تِلْكَ الفِرْقَة فِرْقَةُ طَلاقٍ، وَيَجُوزُ عَلَى هذا الْقَولِ بَعْثُ الْحَكَمَيْنِ بِغَيْرِ رِضاهُمَا.

حجةُ القول الأول: مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ الله عنه - أَنَّهُ بَعَثَ حَكَمَيْنِ، وَقَالَ لَهُمَا: تَدْرِيَانِ مَا عَلَيْكُما؟ عَلَيْكُما إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجمَعَا أَنْ تَجمَعَا وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرِّقَا أَنْ تُفرِّقَا فَقالَتِ الْمَرْأَةُ: رَضِيتُ بِمَا فِي كِتَابِ الله عَلَيَّ وَلِي، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَمَّا الْفُرْقَةُ فَلا، فَقَالَ علي - رَضِيَ الله عَنْهُ: كَذَبْتَ، وَالله حَتَّى تُقِرَّ بِمِثْلِ الَّذِي أَقَرَّتْ بِهِ[1]، فثبت أن رضاهما وإقرارهما شرط.

(١) أخرجه النسائي في «الكبرى» (٣/ ١١١) والدارقطني (٣/ ٢٩٥) رقم (١٨٩) والبيهقي (٧/ ٣٠٥)..

ومن قال بالأولِ قال: قَوْله: «حَتَّى تُقِرَّ» لَيسَ المُرَادُ مِنْهُ أنَّ المَرْأَةَ قَد رَضِيَتْ بِالْفُرْقَةِ، فشرطُ رِضَاهُ كذلك، بَلْ المرادُ به: أن المرأةَ لما قالت: رَضِيتُ بِما فِي كِتَابِ الله، رَضيتُ بِمَا فِي الْكتابِ لَهَا وَعَلَيْها مِنَ الجمع والتَّفْرِيقِ. قَالَ الرَّجُلُ: أَمَا الفرقةُ فَلا يعني الفرقة لَيْسَتْ فِي كِتَابِ الله، فَقَالَ عَلِيٌّ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ كَذَبْتَ بَلْ هو فِي كِتَابِ الله؛ لأنَّ قَوْله: ﴿يُوَفِّقِ الله بَيْنَهُمَا﴾[النساء: ٣٥] يشتمل على الْفِراقِ وَعَلَى الْجَمْعِ جَمِيعاً؛ لأن التَّوْفِيقَ أنْ يخلص كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الْوِزْرِ، يدلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ [له](١): كَذَبْتَ، وَلا يقالُ لِمَنْ أَخْبَرَ عَن مُرَادِهِ: كَذَبْت.

ثُمَّ الْقَولانِ فِي التَّفْرِيقِ وَالإِصْلاحِ، فَلَوْ شَرَطَ الْحُكَمَانِ تَرْكَ بَعْضِ حَقِّهَا مِنْ قَسْمٍ أَوْ نَفَقَةٍ، أَوْ شَرْطاً ألا يتسرَّى، وَلا ينكح الزَّوْجُ عَلَيْها ـ فَلا يَلزم شَيْءٌ مِن ذَلِك.

وَلَوْ كَانَ لأحدهما حَقٌّ عَلَى الآخَرِ لا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ إلاَّ بِإِذْنِ صَاحِبِ الْحَقِّ، وَإذا جُنَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ، فَلا يَجُوزُ بعثُ الْحَكَمَيْنِ بَعْدِهِ.

وَإنْ جُنَّ بَعد اسْتِطلاعِ الحَكَمَيْنِ رأيَهُ لا يَجُوزُ تنفيذُ الأَمْرِ، لأنَّا إنْ جَعَلْنَاهُ تَوْكِيلاً فَالْوَكِيلُ ينعزلُ بِجُنُونِ الموكِّل، وإن جَعَلْنَاهُ توليةً فقيامُ الْخُصُومَةِ شَرْطٌ لتنفيذِ الأَمْرِ، وَلا يَتحقَّق ذَلِكَ بعدَ الْجُنُونِ وَلَوْ غَابَ أَحدُهما بَعْد بَعْثِ الحَكَمَيْنِ إنْ قُلْنا تَوْكيل الحَكَمَيْنِ لَهُمَا تَنْفِيذِ الأمر، وَإنْ قُلْنا: تَوْلِيَة فَلا، لأنَّهُ لا يَعْرف بَقاء الشِّقَاقِ بَيْنَهُما.

وَلَوْ وَكَّلَ الزَّوْجُ رَجُلاً فَقَالَ: إِذَا أَخَذتَ مَالِي عَلَى المَرْأَةِ فَطَلِّقْها، أَوْ قَالَ: خُذْ مَالِي ثُمَّ طَلِّقْها، فطَلَّق قَبْلَ أَخذِ المَالِ ـ لا يَقَع.

وَلَوْ قَالَ: خُذْ مَالِي وَطَلِّقْها فَكَذلك عَلى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: الواو للجمع، فَلَوْ قدم الطَّلاقِ عَلى الأَخْذِ يَقَعُ.

أَمَا إِذا قَالَ: طَلِّقْهَا ثُمَّ خُذْ مَالِي، فَقَدَّمَ أَخذ المال ثُمَّ طَلَّقَ جَازَ، لأنَّه زَادَهُ خَيْراً. والله أعلم.

(١) سقط في د.

كِتَابُ الْخُلْعِ(١)

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ الله فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وَرُوِيَ عنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ـ رَضِيَ الله عَنْهُمَا ـ أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ قَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، ثَابتُ بْنُ قَيْس، مَا أَعيبُ عَلَيْهِ فِي خُلُق وَلا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الإِسْلامِ. فَقَالَ رسُولُ الله ـ ﷺ ـ «أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ. فَقَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ لِثَابِتٍ: «أَقْبِلْ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْها تَطْلِيقَةً»(٢).

إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرأَةُ نَفْسَهَا مِنْ زَوْجِهَا عَلَى مَالٍ: إما عَلَى صَدَاقِها، أَوْ عَلَى مَالٍ آخر مِنْ جِنْس الصَّدَاقِ، أَوْ غَيْرِ جِنْسِهِ، أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ، فَخَالَعَها الزَّوْجُ عَلَيْهِ ـ صَحَّ الْخُلْعُ، وَوَقَعَتْ

---

(١) الخلع لُغَةً: النَّزْعُ، وهو استعارَةٌ من خَلْعِ اللِّبَاسِ؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فكأن كل واحد نزع لباسَهُ منه، وخالعت المرأة زوجها مُخَالَعَةً إذا افتدت منه، وطلَّقَهَا على الفدية.

انظر: لسان العرب: ٢/ ١٢٣٢، المصباح المنير: ١/ ٢٤٣، المطلع: ٣٣١ واصطلاحًا.

ـ عرفه الأَحْنَافُ بأنه: عبارة عن أَخْذِ المال بإزار مِلْكِ النكاح، بلفظ الخلع.

وعرفه الشَّافِعِيَّةُ بأنه: فُرْقَةٌ بين الزَّوْجَيْنِ بِعِوَضٍ، بلفظ طَلاَقٍ أو خُلْعٍ.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بِعِوَضٍ.

وعرفه الحَنَابِلَةُ بأنه: فراق الزوج امْرَأَتَهُ، بِعِوَضٍ، يأخذه الزوج، بألفاظ مخصوصة.

انظر: تبيين الحقائق: ٢/ ٢٦٧، شرح فتح القدير: ٤/ ٢١٠ حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٢٢، مغني المحتاج: ٢/ ٢٦٢، الشرح الصغير للدردير: ٣/ ٣١٩، بداية المجتهد: ٢/ ٩٨، الكافي: ٢/ ٥٩٧، كشف القناع: ٥/ ٢١٢، المغني: ٧/ ٥٣٦.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ٣٩٥) كتاب الطلاق: باب الخلع حديث (٥٢٧٣) والنسائي (٦/ ١٦٩) كتاب الطلاق: باب ما جاء في الخلع وابن ماجة (١/ ٦٦٣) كتاب الطلاق: باب المختلعة تأخذ ما أعطاها =

الْبَيْنُونَة، وَسَقط الصَّدَاقُ عَنْ الزَّوْجِ إنْ كَانَ الخلعُ عَلَى الصَّدَاقِ[١].

وَإنْ كَانَ عَلَى مَالٍ آخَرَ لَزِمَهَا المالُ، سَوَاء كانَ ذَلِكَ فِي حَالِ الخصُومَةِ وَالشِّقَاقِ، أَوْ عِنْدَ حُسْنِ الحال، إلاَّ أنَّهُ إنْ كَانَ ذَلِكَ الخلعُ فِي حَالة الْخُصُومَةِ وَالشِّقَاقِ، أَوْ كَانَتْ الْمَرأَة تكرهُ صُحْبَةَ الزَّوْجِ، وَلا يمكنها القيامُ بِحُقُوقِهِ فَخَرَجَت، فَاخْتَلَعَتْ نَفْسَهَا، أَوْ ضَرَبَهَا الزَّوْجُ لِلتَّأْدِيبِ، فَاخْتَلعَتْ نَفْسَهَا لَمْ يَكْره.

وَإنْ كَانَ الحالُ حَسَناً وَاخْتَلَعَتْ نَفْسَهَا لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ سَبَبَ الوَصلة.

= حديث (٢٠٥٦) والدارقطني (٤/٤٦) كتاب الطلاق والخلع والإيلاء (١٣٥) والبيهقي (٧/٣١٣) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ١٤١ ـ ١٤٢ ـ بتحقيقنا) من طريق عكرمة عن ابن عباس به وأخرجه أبو داود (١/ ٦٧٧) كتاب الطلاق: باب في الخلع حديث (٢٢٢٩) والترمذي (٣/ ٤٩١) كتاب الطلاق: باب ما جاء في الخلع حديث (١١٨٥) مكرر من طريق عكرمة عن ابن عباس بلفظ: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة.

وقال الترمذي: حسن غريب.

وقال أبو داود: وهذا الحديث رواه عبد الرزاق عن معمر عن عمرو بن مسلم عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً.

(١) أجمع العلماء على مشروعيته، إلاَّ بكر بن عبد الله المزني التابعي: فقد ذهب: إلى أنه غير مشروع.

وسنذكر أدلة القائلين بالمشروعية ودليل المخالف، ثم نتبعه بما ينقضه:

أدلة القائلين بالمشروعية:

استدلوا أولاً: بما جاء في الكتاب الكريم **في قوله تعالى**: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ أي لا حرج على الزوجة فيما بذلت: من عوض، لتختلع من زوجها، ولا عليه في أخذه في مقابلة الخلع.

وفي قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾. فأجاز للزوج: أن يأخذ من زوجته ما تهبه له من مهرها، من غير أن تحصل في مقابله على شيء؛ فإذا بذلت ذلك في مقابلة الخلع الذي تصير بسببه مالكة لنفسها ـ كان أولى.

واستدلوا ثانيًا: بما جاء في السنة عن ابن عباس: «قَال جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رَسُولِ الله (ﷺ)، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ خلُقٍ وَلاَ دِيْنٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الإِسْلَامِ. فَقَالَ رَسُولُ الله (ﷺ): أَتَرُدِّيْنَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟ قالت: نَعَمْ. فَقَالَ رَسُوْلُ الله (ﷺ): اقْبَلْ الحديقَةَ، وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً». رواه: البخاري والنَّسائي.

واستدلوا ثالثًا: بالإجماع: فقد أجمعت الصحابة على جوازه، وكذا العلماء؛ ولم يعرف من خالف في جوازه غير بكر بن عبد الله المزني.

واستدلوا رابعًا: بالقياس: فقاسوا الخَلْعَ على البيع، كما قاسوا النكاح على الشراء، فقالوا: إنه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض، جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض الشراء والبيع.

وأما القائلون بأنه غير مشروع: ـ **فقد استدلوا**: بما روى حجاج عن عقبة بن أبي الصهباء: «قَالَ: سَأَلْتُ بَكَرَ بْنَ عبد الله عَنْ رَجُلٍ: تُرِيدُ مِنْهُ امْرَأَتُهُ الْخُلْعَ، قَالَ: لاَ يَحِلُّ لَهُ أن يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا. قُلْتُ لَهُ: يَقُولُ الله تَعَالَىٰ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.؟ قَالَ: هَذِهِ نُسِخَتْ بِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿إِنْ =

وإنْ كَانَ الزوجُ يَكْرَهُ صُحْبَتَها، فَنَسي عِشْرَتَها، وَيَمْنَعها بَعْض حَقّها حَتى ضجرت، فَاخْتَلَعَتْ نَفْسَها ـ بِأثم الزوجُ به[1]، وَلَكِن تَقَعُ البينونةُ مَعَ الْكَرَاهِيَةِ.

وَمِنْ أصْحَابنا مَنْ قَالَ: مَنْعُ الْحَقِّ إكْرَاهٌ، فَإذَا مَنَعَ شَيْئاً مِنْ حَقّهَا حَتَّى اخْتَلَعَت نَفْسَهَا ـ وَقَعَ الطَّلاقُ رَجْعِياً، فَلا يَلْزمها المالُ؛ لقوله تعالى: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] قَالَ ابن عباس ـ رَضِيَ الله عَنْهُ: هذا فِي الرجلُ تكون له المرأة، ويكره صُحْبَتَها، وَلَها عَلَيْهِ مَهْرٌ، فَيُضَادها لِتَفْتَدِيَ بِهِ فَعَلَى هذا إنْ زَنَتِ الْمَرأَةُ فَمَنَعها الزَّوْجُ حَقَّهَا لِتختلع على شَيْء مِنْ مَالِها[2] ـ فَفِيهِ قَوْلان:

أحدهما: لا يَجوزُ، وَلا تَستحقُّ العوض كالأول.

والثاني: يجوز وتستحقُّ العوضَ؛ بقوله تعالى: ﴿إلاَّ أنْ تَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

= أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾، فهو يستدل بهذه الآية، ويدعي فسخها؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾.

وهو مردود: بظاهر الكتاب، وبالسنة، والإجماع؛ سبق. وأمّا دعوى النسخ، فمردودة؛ لأنه ليس في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ﴾ الآية. ـ ما يوجد نسخ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ﴾ الآية لأن كل واحدة منهما مقصورة الحكم على حال مذكورة فيها فإنما حرم الخلع إذا كان النشوز من قبله، وأراد استبدال زوج مكان زوج؛ وإباحة إذا خافا ألاّ يقيما حدود الله: بأن تكون مبغضة له سيئة الخلق، أو كان هو سيىء الخلق ولا يقصد الإضرار بها، لكنهما يخافان ألاّ يقيما حدود الله: من حسن العشرة، وتوفية ما ألزمهما الله: من حقوق الزوجية، وظاهر أن هذه الحالة غير تلك، فليس في أحد الآيتين ما يعترض به على الأخرى، ولا ما يوجب نسخها، ثم يرده أيضًا: أن من شروط النسخ، العلم بتأخر الناسخ؛ وهو هنا بنتف.

ينظر نص كلام شيخنا محمود الطويل في الخلع.

(١) سقط في د.

(٢) ذهب الجمهور: إلى جوازه مطلقًا، وذهب داود، والزهري وابن المنذر، والنُّخَعِيُّ: إلى عدم الجواز، إلاَّ في حالة وقوع الشقاق منهما، وخصه ابن سيرين، وأبو قلابة: بحالة وقوع الزِّنا منها.

ومن هنا نتبين: أن الخلاف في موضعين:

(أولهما): الخلع في حالة الوفاق؛ فالجمهور يقول بالجواز، ويخالفهم فيه من ذكرنا.

(ثانيهما): الخلع في حالة الشقاق التي لم تنشأ من زنا الزوجة، فابن سيرين، وأبو قلابة يذهبان إلى عدم الجواز، والباقي يقول بالجواز.

وسنذكر أدلة الجمهور على جواز الخلع في حالة الوفاق، ثم أدلة المخالفين فيه مع ردها:

استبدل الجمهور على الجواز في حالة الوفاق: **بقوله تعالى**: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾، فإنها عامة.

وثانيًا: بأنه إذا جاز أن تبذل مهرها بدون مقابل، كان أولى أن تبذله في مقابلة الخلع الذي تصير بسببه مالكة لنفسها.

وثالثًا: أنه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر؛ من غير ضرر كالإقالة في البيع. =

أَما إن أَكْرهَهَا الزَّوْجُ بِالضَّرْبِ ظُلماً حَتَّى اخْتَلَعَتْ نَفْسَهَا، فَقالَتْ: طَلِّقْنِي عَلَى أَلْفٍ، فَطَلَقها الزَّوْجُ عَلَيْهِ - لَمْ يصح الْخُلْعُ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يُسَمِّ [الزوج][(1)] المالَ، بَلْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ يقع رَجْعِياً. وَإِنْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَيْهَا لا يَقَعُ شَيْءٌ مَا لَمْ تَقل المرأة بخياره.

وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ ابتداءً: طَلَّقْتُكِ عَلَى ألف، ثم أَكْرَهَهَا بِالضَّرْبِ حَتَّى قَبِلَتْ - لَمْ يَقَعْ شَيْء. إذا ثبت أن الخلعَ جَائِزٌ، فَإِنْ كَانَتْ المفارقةُ عَلَى المَالِ بِصَرِيحِ لَفْظِ الطَّلاقِ، أَوْ بكنايةٍ من كِنَايَاتِ الطَّلاقِ مَعَ النِّيَّة - فَهُوَ طلاق ينتقص به العددُ.

وَإِنْ كان بلفظ الْخُلْعِ فِيه قَوْلانِ: أحدهما: وَهُوَ الأصحُّ، وهو قَولُ عمر، وَعَلي وَابن مسعود، وأكثر الصحابة، رضي الله عنهم - والفقهاء رحمهم الله الخلع طلاق ينتقص به العدد.

وقال في القديم: هو فَسْخٌ لا يَنْتَقِصُ بِهِ العدد، إلاَّ أَنْ يَنْوِيَ بِهِ الطَّلاق[(2)]، وَهُوَ قولُ

= استدل المخالفون على عدم جوازه في حالة الوفاق بمفهوم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُوْدَ الله﴾.

وبما روي عن الرُّبَيِّع بنت مُعَوِّذ: «أَنَّ ثَابِتْ بْنُ قَيس بن شَمَّاس ضرب امْرَأَتَهُ فَكَسَرَ يَدَهَا».

وبما روي عن رسول الله (ﷺ): أنه قال «أبغض الحلال إلى الله الطلاقُ».

ورد: بأنه ذكر الخوف في الآية جرى على الغالب، فلا منهن له؛ وإن سلمنا أن له مفهومًا، فغاية ما يستفاد منه: هو النهي عن الخلع في حالة الوفاق، وهو لا ينافي المشروعية، كالبيع وقت صلاة الجمعة، فيفيد النهي الكراهة: لما فيه: من قطع الوصلة بلا سبب.

وعلى هذا، يحمل الحديث الأخير.

وأما ما روي في امرأة ثابت - فأجيب عنه: بأنها لم تشكه لذلك، بل لسبب آخر، وهو البغض أو قبح الخلقة، كما ورد في حديث آخر، وإن كانت شكته لذلك، فهي واقعة حال، فلا يقاس عليها.

واستدل أبو قلابة، وابن سيرين، على عدم جوازه.

إلاَّ في حالة وقوع الزنا من الزوجة -: بقوله تعالى: ﴿وَلاَ يَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوْا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَنْ يَأْتِيْنَ فَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾. وفسر الفاحشة بالزِّنا، فقالا: «فِي هَذِهِ الآيَة، حرم على الزوج المضارة؛ لأخذ بعض الصداق، إلا أن يظهر منها على زنا: فإنه يجوز له في هذه الحالة أخذ الفدية منها؛ كما هو مفهوم من الاستثناء».

ورد: بأن الأحاديث الصحيحة التي وردت في هذا الباب، من أعظم الأدلة على جوازه في غير هذه الحالة. ولعلها لم تبلغهما، وعلى أن الآية لم تحرم الخلع إذا وقع بغير عضل، فلا يلزم تخصيص الجواز بحالة الزنا، كما ذهبا إليه. وعلى فرض وقوع الخلع أثرًا للمضارة، فغاية ما يستفاد منه الآية: النهي عن ذلك، وهو لا ينافي المشروعية.

ينظر نص كلام شيخنا محمود الطويل في الخلع.

(1) في د: الرجل.

(2) لا نزاع في: أن الفرقة بعوض بلفظ الطلاق، طلاق بائن، سواء قبل الدخول أو بعده.

فإن كانت الأولى، أو الثانية -: فليس له أن يراجعها في العدة، وله أن يعقد عليها فيها أو بعدها. =

= وإن كانت الثالثة ـ وطلقها ثلاثًا بعوض ـ: لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

أما إذا كانت الفرقةُ بلفظ الخلع ـ: ففيها قولان للشافعي (رضي الله عنه):

(أحدهما): ـ وهو القديم ـ أنه فسخ لا ينقص به العدد، ويجوز النكاح بعده من غير حصر؛ وبه قال أحمد، ويروى عن ابن عمر، وابن عباس (رضي الله عنهم).

واستدل له: (أولاً): بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. ثم ذكر الطلاق فقال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾. فلو كان الخلع طلاقًا لكان الطلاق أربعًا؛ وهو باطل.

ويرده: أن قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾. أفاد حكم الاثنتين؛ إذا أوقعهما على غير وجه الخلع؛ فأثبت معهما الرجعة، بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾. ثم ذكر حكمهما إذا كانتا على وجه الخلع، وأبان عن موضع الحظر والإباحة، والحال التي يجوز فيها أخذ المال أو لا يجوز؛ ثم عطف على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾. فعاد ذلك إلى الاثنتين المقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة، وعلى غير وجه الخلع أخرى؛ فإذن: ليس فيه دلالة على أن الخلع بعد الاثنتين، ثم الرابعة بعد الخلع.

(وثانيًا): بأنها لا رجعة فيها بحال، فتكون فسخًا كالرضاع.

وهو منقوض: بالفرقة بعوض بلفظ الطلاق؛ فإنها لا رجعة فيها بحال، وليست فسخًا إجماعًا.

(وثالثًا): أن فرقة النكاح: تحصُل بالفسخ، كما تحصل بالطلاق؛ ثم الطلاق ينقسم: إلى ما هو بعوض، وإلى ما هو بغير عوض؛ فليكن الفسخ كذلك؛ ولا فسخ بعوض سوى الخلع.

وهو مردود: بأن للطلاق أحكامًا خاصة؛ فإن له عددًا مخصوصًا؛ وأنه قد يكون رجعيًا؛ فلو لزم، من مشابهة الفسخ له في أنهما فرقة النكاح، انقسام الفسخ كانقسامه ـ: للزم ثبوت هذه الأحكام له أيضًا بهذه العلة؛ وهو باطل إجماعًا.

(الثاني) ـ وهو الجديدُ ـ: أن الفرقةَ بلفظ الخلع طلاق بائن؛ وبه قال مالك، وأبو حنيفة، ويروى عن عمر، وعثمان، وعلي (رضي الله عنهم).

واستدل له: (أولاً): (ﷺ): «الخلع تطليقة بائنة». رواه الدارقطني، والبيهقي.

(وثانيًا): بأنها لو كانت فسخًا: لما صحت بغير صداقها؛ كالإقالة في البيع؛ وهو باطل؛ لأنه يصحُّ بأقل من الصداق، وبأكثر منه؛ كما ذكرنا في الركن الرابع؛ وإذا لم تكن فسخًا: كانت طلاقًا بالإجماع.

(وثالثًا): بأنها فرقة لا يملكها غير الزوج؛ فتكون طلاقًا؛ كما لو قال: أنت طالق على ألف.

وأما إن الطلاق بائن ـ : فلأن الزوجة إنما بذلت العوض لتملك بضعها؛ فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليه، كما أن الزوج إذا بذله صداقًا ليملك البضع: لم يكن للمرأة ولاية على البضع.

وبنى آخرون القولين ـ: على أن النكاح: هل يقبل الفسخ بالتراضي؟ **فعلى قول**: يقبل كالبيع؛ **وعلى قول**: لا يقبل؛ بل وضع النكاح: على الدوام والتأكيد؛ وإنما يفسخ لضرورة عظيمة تدعو إليه.

والقول بأنه طلاق، جرى عليه أكثر أصحاب الشافعي (رحمهم الله).

وذهب: إلى نصر القول القديم؛ الشيخ أبو حامد الغزالي، وذكر أبو مخلد البصري: أن الفتوى عليه؛ ويؤيده بعض التأييد: ما حكي عن ابن خزيمة: «أنه لا يثبت عن أحد أنه طلاق»؛ وعن ابن =

عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس ـ رضي الله عنهم.

وإن جعلناه فسخاً لا تدخل الكنايةُ كما لا يصحُّ تعليقُه. وقيل: كنايات الطَّلاقِ كنايةٌ فيه، ولفظ الفسخ صَرِيحٌ فِيهِ.

وَإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلاقاً، فهو صَرِيحٌ أَوْ كنايةٌ فِيهِ قَوْلان:

أَحدهما: كنايةٌ.

والثَّاني، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله صريحٌ وهو الأَوْلَىٰ للعادةِ الْجَارِيَةِ بِهِ.

ويصحُّ بجميعِ كِنَايَاتِ الطَّلاقِ إذا نَوَىٰ بِهِ، وَلَفظ المفاداة كلفظ الْخُلْعِ عَلَى أَحد القَوْلَيْنِ: لورود القرآن بِهِ.

وَإِنْ خَالَعَهَا وَلَمْ يَذْكُر المالِ، فإن جعلناه طلاقاً يقع رَجْعِياً، قَبِلَتْ أَوْ لَمْ تَقْبَل، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ فِسْخاً فَإِنْ لَمْ تَقْبَل فَلا يَقَعُ شَيْء، وَإِنْ قَبِلَتْ فَعَلَى وَجْهَيْنِ: أحدهما: هَكَذَا لا يَقَعُ شَيْء.

وَالثَّاني: يقع بائناً، وعليها مهرُ المثلِ؛ لأن الخلعَ موضوعٌ لإيجابِ الْعِوَضِ، فإطلاقه يجعل كشرط عوض مَجْهُولٍ.

فَلَوْ أضاف الخلعَ إلى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِها؛ بأن قال: خَالَعْتُ يَدَكِ أَوْ رَجْلَكِ عَلَى كَذا فَقَبِلَتْ، فإن جَعَلْنَاهُ طلاقاً، وَقَع وَلَزِمَها المال[1].

وَإن جَعَلْنَاهُ فَسْخاً لا يصحُّ.

ويصح الخلعُ مع الأجنبيِّ إن جعلناه طلاقاً؛ لأن الطلاق مما ينفردُ به الزَّوْجُ، فَإِن جَعَلْنا الخلعَ فَسْخاً فَلا يصحُّ؛ لأن الفَسْخ من غير عِلَّةٍ لا ينفردُ به الزَّوْجُ، فإن جعلنا الخلعُ فسخاً، فَنَوىٰ بِهِ الطَّلاقَ ـ كان طَلاقاً.

وَقِيلَ: لا يصير طَلاقاً، بَلْ يَكُونَ فَسْخاً، لأن كُلَّ لَفْظ كَانَ صَرِيحاً فِي حكم يختصُّ بِالنِّكَاحِ لا يَصِيرُ كنايةً فِي حكم آخر، كَالطلاق لا يصير كناية[2] عَن الظِّهَارِ، وَلا الظِّهارِ عن الطَّلاق.

وَلَوْ قَالَت المرأة: طلِّقني عَلَى أَلْفٍ، فقال الزوجُ: طَلَّقْتُكَ، أَوْ فَارَقْتِكِ، أَوْ سَرَّحْتُكِ تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، وَاخْتَلف لفظاهما سواء سَمَّى الزَّوْجُ المالَ، أَوَ لَمْ يُسَمِّ لأن كلامه يَتَرَتَّبُ عَلَى قَوْلِها، وَهِيَ قَدْ سَمَّتِ المالَ.

وَلَوْ قَالَ الزوجُ: ابنتك أو بنتك فإن نوى له الطلاق يقع، ولزممها المال، وإن لم ينو لا يقع.

= المنذر: أن الرواية عن عثمان ضعيفة، وأنه ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس (رضي الله عنه). ينظر نص كلام شيخنا محمود الطويل في الخلع.

(١) في د: المهر (٢) سقط في د.

ولو قالت المرأةُ: أَبنِّي على أَلْفٍ، فقال الزوجُ: أَبنَتُكِ أَوْ بِتُّكِ، إنْ نَوَيَا الطَّلاق تَقَع البينونة ولزمها المالُ، وإن لم ينويا أو لم ينو الزوجُ لا تَقَعُ شَيء، وإن لَمْ تَنو المرأةُ، ونوى الزَّوْجُ؛ نظر إنْ سَمَّى الزَّوْجُ الْمَالَ لا يَقَعُ، وَإنْ يُسَمِّ يَقَعُ الطَّلاقُ رَجْعِياً.

وَقِيل: لا يقع [شَيْء][1]، لأن كلامه يَتَرَتَّبُ على قَوْلها وَقولُها لَغْوٌ.

فَإنْ جَرَى بَيْنها [الخلع][2] نظر إن جرى من الجانبين، فقالت: خَالِعْني على ألفٍ، فَقَالَ: خَالَعْتُكِ، تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، وَعَلَيْهَا الألفُ.

وَإن وُجِدَ لَفْظُ الْخُلْعِ مِنْ أَحدِ الجَانِبَيْنِ - نَظَرَ إنْ وُجِدَ مِنْ جهةِ الزَّوْجِ؛ بأن قالت المرأة: طَلِّقْنِي عَلَى ألفٍ، فَقَالَ الزوج: خَالَعْتُكِ، فإن قلنا: الخلعُ فسخ [الطلاق][3] لا يَقَعُ شَيْءٍ، لأنَّهُ لَمْ يُجِبْها إلَى مَا سألَتْ.

وإن قلنا: الخلعُ صَريحُ الطَّلاقِ يقع، ولزمها المالُ، وكذلك إن قلنا: كناية، فنوى [الطلاق][4] إن لم ينو لا يقع شيء وإن وُجِدَ لَفْظُ الْخُلْعِ من جهتها؛ بأن قالت: خَالِعْنِي على ألفٍ، فَقَالَ الزوجُ: طَلَّقْتُكِ. فإن قلنا: الخلع فسخ، لَا يصحُّ الْخَلعُ؛ لأنه لم يُجِبْها إلى ما سألت والزوج مبتدىء لِلطَّلاقِ، فإن سَمَّى المال لا يقعُ شَيْءٌ مَا لَم تَقْبَلِ المرأةُ، وَإنْ لَم يُسَمِّ يَقَعُ الطَّلاقُ رجعياً. وإن قلنا: الخلعُ صَريحٌ للطَّلاقِ وقعت الْبَيْنُونَةُ، ولزمها المالُ.

وكذلك إن قلنا: كناية [ونوت المرأة][5]، وإن لم ينو فلا حُكْمَ لقولها، والزوجُ مُبْتَدِىءٌ لِلطَّلاقِ.

فَصْلٌ فِي أَنَّ الخُلْعَ يَقْطَعُ الرَّجْعَةَ

الخلعُ يقطع الرَّجْعَةَ، لأنه له حُكْمَ المعاوضاتِ، فإذا تَسَلَّمَ الزوجُ العوضَ انْقَطَعَ حَقُّهُ عن المراجعةِ، فإن خَالَعَها عَلَى مُسَمًّى صحيحٍ؛ بأن خالعها على عَيْنِ مالٍ ملكها الزوج، وَإن كان على مَالٍ مَوْصُوفٍ فِي ذِمَّتَها ثبت لَهُ عَلَيْها المسمَّى.

وَإنْ خالَعَهَا عَلَى مَالٍ مَجْهُولٍ أَوْ عَلَى خَمْرٍ أو خنزير تقع الْبَيْنُونَةُ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِها؛ كَمَا لَوْ بَاعَ شَيْئاً بَيْعاً فَاسِداً، أو هلكَ المبيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ قيمةُ المَبِيعُ.

وعند أبي حنيفة: إذا خَالَعَها عَلَى مَالٍ مَجْهُولٍ، سَقَطَ صَدَاقُ النِّكاحِ، وَإنْ خَالَعَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ، وَلا شَيْءَ عَلَيْها، وَلَوْ شَرَط فِي الْخُلْعِ شَرْطاً فَاسِداً، بأن خَالَعَهَا عَلَى أنْ لا عِدَّةَ عَلَيْها، وَلا نَفَقة لها وهي حَامِل، أو عَلَى أنْ يُطَلِّق ضَرَّتَها، فالشَّرْطُ لاغٍ، والبينونةُ

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

وَاقِعَةٌ، وَعَلَيْها مَهْرُ المِثلِ. فَالشَّرْطُ الْفَاسِدُ يؤثِّر في المُسَمَّى؛ كَمَا لَوْ شَرَطَ فِي النِّكَاحِ شَرْطاً فَاسِداً يصحُّ النِّكاحُ وَيفسد المسمَّى، ويجب على الزَّوْجِ مَهْرُ المِثل.

وَلَوْ خَالعها عَلى ألف درهم مُطْلَقاً ولم يصف، ينصرفُ إِلَى نَقْدِ البَلَدِ. وَإِنْ كَان فِي البَلَدِ نقودٌ مختلفةٌ ينصرفُ إِلَى أعَمِّهَا؛ كَما فِي البَيْعِ.

وَإِنْ استوى الكُّل فِي الرَّوَاجِ بَطَلَ الْمُسَمَّىٰ، ويجب مهرُ المثل.

وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ بدينارٍ عَلَى أنَّ لِي عَلَيْك الرَّجْعَةَ فَقَبِلَتْ، فَفِي المسألةِ قولان.

أقيسهما، وهو اختيارُ الْمُزَنِيِّ رحمه الله: تَقَعُ البينونةُ. ويفسد الشَّرْطُ، وَعَلَيْها مَهْرُ المِثْلِ؛ كَمَا لَوْ خَالَعَها عَلَى مِائَةِ دِينارٍ، وعَلَى أَنَّهُ مَتَىٰ شَاءَ رَدَّ الْمِائَةَ وَرَاجَعَها فَقَبِلَتْ، تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، وَيَفْسِدُ الشَّرْطُ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثل.

وَالقولُ الثَّاني: المالُ مَرْدُودٌ؛ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رجعيّاً؛ لأن الجمعَ بَيْنَهُمَا ـ وهو ثُبُوتُ الرَّجْعَةِ مَع المَالِ لا يمكن؛ فأثبتنا الأقوى، وهو الرجعةُ، لأن الرَّجْعَةَ تَثْبُتُ شَرْعاً وَالمَالُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ.

وَلَوْ خَالَعَها عَلَى مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ مِنْ خياطةِ ثَوْبٍ، أَوْ رِضاعِ وَلَدٍ مُدَّةً معلومة ـ يجوز، ويلزمها ذلك الْعَمَلُ.

فإن مات الولدُ في مُدَّة الإرضاع، هل له إبداله بِوَلَدٍ آخر، سواءً كانَ الولد منها؛ أو من غيرها؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن عَقْدُ تَعَلُّق بِعَيْن، فيبطل بِتَلَفِها؛ كما إذا مَاتَتِ الدَّابَّةُ المكراةُ يَبْطُلُ العقدُ. والثاني: له الإبدالُ؛ لأن العقد يتناولُ الإرْضَاعَ وهو بَاقٍ، وَإِنَّما مَاتَ المستوفي؛ كما لو اكْتَرَىٰ دَابَّةً ليركبها، فمات المكتري، أو ليحمَل عليها صَبِيّاً فمات الصَّبِيُّ، لا يُبْطِل [الإجارة][1]، ويركبها وَارِثُهُ، أَوْ يحمل عَلَيْها صَبِيّاً آخَرَ.

فَإِن جَوَّزْنا الإبدالَ، فَلَمْ يبدل مع الإمكان، بطل حقُّه، ولا شيء له عليها؛ كما لو اكترى دَابَّةً فقبضها، ولم ينتفعْ بها مُدَّةَ الإجارة ـ تستقرُ عليه الأُجْرَةُ.

وفيه وجه آخر: أنّ عليها بقدرِ ما يقابل المدة الباقية من مَهْرِ المِثْلِ، لأن تلك المنفعة في ضمانها.

وإن قَصَّرَ الزَّوْجُ فِي الاستيفاء؛ كالمبيع إذا تلف في يَدِ البَائِع ـ ينفسخ البيعُ، سواء تَمَكَّنَ الْمُشْتَرِي مِن القَبْض أوَ لَمْ يَتَمَكَّنْ.

فإن لَمْ يمكنه الإبدالُ وقلنا: لا إبدال له ـ انفسخ العقدُ فيما بقي من قُوَّةِ الرَّضَاعِ، وعليها بقدِر ما بقي من مَهْرِ مِثْلَها، ولا ينفسخُ فِيما مَضَىٰ، فلا فسخ له.

---

(١) سقط في د.

وَلَوْ خَالَعهَا عَلَى كَفَالَةِ ولدها عَشْرَ سِنِينَ، نَظَرَ إِنْ تَبَيَّنَ قدر ما ينفقُ عليه فِي كُلِّ يوم من الطَّعَامِ وَبَيَّنَ كُسْوَتَهُ عَلَى شَرْط السلم ـ فهذا جَمْعٌ بَيْنَ الإِجَارَةِ وَالبَيْعِ وسلم إِلَى آجَالٍ مُخْتَلِفَةٍ.

وَفِي صِحَّةِ كُلِّ وَاحِدٍ قولان: أصحهما: جَوَازُهُ.

والثاني: لا يصحُّ المسمَّى، وعليها مهرُ المثل، فإن جوّزوا فإن شرط فيه شرطاً مجهولاً، أو شيئاً لا يجوز السلمُ فيه من طعامٍ مطبوخٍ، أو ثوب مَحْشُوٍّ فسد المسمَّى، والشرط، وعليها مهرُ المثلِ لا يختلف القول فيه، فإنْ كان الْكُلُّ معلوماً وجوّزنا؛ فإنها تصرف المشروط عليها من الطَّعَامِ وَالْكُسْوَةِ إِلَى الصَّبِيِّ.

وَإِنْ فضل من المقدر شيء عن الولد كان لِلزَّوْجِ.

وَإِن كان الولدُ رغيباً احتاج إلى زيادة، فعلى الزَّوْجِ.

وَإِن ماتَ الصبيُّ، وقلنا: لا يجوز الإبدالُ ـ انفسخ العقدُ في الإِرْضَاعِ والحضانة، والمذهبُ: أنه لا ينفسخُ في الْمَشْرُوطِ عليها من الأطعمة وَالْكُسْوَةِ، فيجب عليها صَرْفُ ذلك إلى الزَّوْجِ عَلَى مَرِّ الأَيَّامِ؛ لأنه كان مُؤَجَّلاً عليها، ويجب عليها من مَهْرِ المثل بقدر ما يقابل أجرةُ الإِرْضَاعِ والحضانة للمدةِ الْبَاقِيَةِ بَعْدَ تَوْزِيعِ المهرِ على مَنْفَعَةِ جَمِيعِ المدة، وَعَلَى جَمِيعِ ما شَرَطَ عَلَيْهَا من الطَّعَامِ وَالْكُسْوَةَ على أصحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَعَلَى الثَّانِي: يَجِبُ أَجْرَةُ مِثْلِ المدة الباقية، ولو خَالَعهَا عَلَى عَبْدٍ يعينه، فخرج مُسْتَحِقاً، أو وَجَدَ بِهِ عَيْباً فردّه، أو تلف قبل التَّسْلِيمَ يرجع عليها بِمَهْرِ المثلِ على أَصَحِّ القولين، وفيه قول آخر: أنه يرجعُ بقيمةِ الْعَبْدِ صحيحاً، وكذلك لو خَالَعهَا على ثَوْبٍ يعينه على أنه هرويّ، أو غرته المرأة، فقالت: هَذَا الثوبُ هرويٌّ، فَخَالِعْنِي عَلَيْهِ فَخَالَعهَا عَلَيْهِ فبان مروياً، أو عَلَى ثوب على أنه قطنيٌّ فبان كتَّاناً ـ ملكه الزَوج، ولكن له الردُّ، كما لو وَجَدَ به عَيْباً، ويرجعُ عليها بِمَهْرِ المثلِ على أَصَحِّ القولين.

وَعَلَى الثَّاني يرجعُ بقيمةِ ثَوْبٍ هرويٍّ أو قطنيٍّ.

وإِن وَجَدَ به عَيْباً بعدما هَلَكَ في يَدِهِ، أو تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ، وَلَمْ يمكنه الردُّ ـ يرجع بقدر النُّقْصَانِ مِنْ مَهْرِ المثل عَلى القول الأصح.

وعلى القول الآخر بقدر ما انْتَقَصَ من قيمَتِهِ.

أما إذا قَالَ الزوج: خَالَعْتُكِ عَلَى هَذَا الثوبِ وهو هرويٌّ فقبلت، فبان مروياً ـ لا رَدَّ له، لأنه اغتر بنفسه.

قال الشيخ: وكذلك لو قال: على هذا الثوب الهرويِّ.

ولو قال: خالعتك على هَذَا العبد المَغْصُوبِ، فقبلت ـ تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، وَيَرجعُ عَلَيْهَا بمهر المثلِ قولاً واحداً؛ لِفَسَادِ المسمَّى؛ كما لو خَالَعهَا عَلَى خَمرٍ أو خِنْزِيرٍ.

فَصْلٌ فيما لَوْ طَلَّق امرأته رجعيّاً ثم طلقها في العدة

إذا طلّق امرأته طلاقاً رجعيّاً ثم طَلَّقَهَا فِي الْعِدَّةِ - يقع، وكذلك لو خَالَعَهَا فِي عِدَّةِ الرَّجْعَةِ يصحُّ، ويلزمها المال؛ لأن أحكام النّكاحِ بينهما باقيةٌ، وإن حرم الوطءُ.

أما المختلعةُ إذا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا فِي العِدة لا يلحقُها الطلاقُ، لأنها صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً منه بِالْخَلْعِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفة: المختلعة يلحقها صريحُ بِطَّلاقِ ما دامت في الْعِدَّةِ.

وبالاتفاق لو طَلَّقَ المختلعَة بلفظ الْكِنَايَةِ، أو طلّقها على مَالٍ، أو أَرْسَلَ الطَّلاقَ فَقَالَ: كلُّ امرأة لي طَالِقٌ - فَلا يقع عَلَيْها، فَلَمَّا كَانَت كالأجنبية - في هَذِهِ الأنواع من الطّلاق، فكذلك في سَائِرِ أَحْكَامِ النّكَاحِ مِن الظّهَارِ، وَالإيلاء، واللِّعَانِ، وغيرها. كذلك في ألاّ يلحقها صريحُ الطّلاقِ قياساً على المنقضية عِدَّتُها ولو عَلّق طَلاقَ امرأة بصفةٍ؛ بأن قال: إن دَخلَتِ الدّارَ، أوَ كَلّمْتِ فُلاناً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ إِذَا جَاءَ وَقْتُ كَذا، فَوَجَدَ ذَلِكَ فِي صُلْبِ النّكَاحِ، أَوْ فِي عِدة الرَّجْعِيَة - يقع.

وإنْ وجد بعد الْبَيْنُونَةِ لا يقعُ وتنحلُّ اليمين، حتى إذا نكحها بعد ذلك، ثُمَّ وَجَدَ ذَلِكَ المعنى ثانياً - لا يقع الطَّلاقُ، وإنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ الْمَعْنَىٰ حَتَّى بَانَتْ مِنْهُ، ثُمَّ نكَحَهَا، ثُمَّ وَجد - نظر؛ إن بَانَتْ مِنْهُ بِثَلاث طَلَقَاتٍ، ثُمَّ نكَحَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ، ثُمَّ وَجَدَ لا يقع عَلَى الْجَدِيدِ، وَهُوَ المَذْهَبُ وَفِي الْقَدِيمِ قَوْلان.

وَالْمَذهب: أنْ لا يقع؛ لأنه قَدْ اسْتَوْفَىٰ ما عَلَّق مِنَ الطَّلاقِ، وَإنْ بَانَتْ بأقلّ من ثَلاثٍ، ثُمَّ نكَحَهَا، ثُمَّ وَجَدَ ذَلِكَ المعنى - هَلْ يَقَعُ الطَّلاقُ أم لا؟ فِي القديم: يَقَعُ.

وَفِي الجَدِيد قَوْلان:

أحدهما: وهو اختيارُ المُزْنِيِّ رحمه الله، لا يقعُ، ولا يعود اليمينُ فِي النّكَاح الثَّانِي: لأنَّه تخللَ بين التَّعْليقِ ووجودِ الصِّفَةِ حالةٌ لا يقع فيها الطَّلاقُ، فارتفع حكم اليمين.

والقولُ الثَّاني وهو الأصحُّ، وبه قال أبو حنيفة: يقع؛ لأن التَّعْلِيقَ، ووجودُ الصِّفَةِ كَانَا جَمِيعاً فِي الْمِلْكِ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ الإيلاءِ وَالظِّهَارِ.

. وإذا وَجَدَ فِي مِلْكٍ، هَلْ يعودُ حكمُه فِي نِكَاحٍ آخَرَ إنْ كَانَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الطَّلَقَاتِ الثَّلاثِ؟ لا يَعُودُ عَلَى قَوْلِهِ الجَدِيدِ.

وَفِي الْقَدِيمِ قَولان.

وإن كَانَ قَبْلَ استيفاءِ الطَّلَقَاتِ الثَّلاثِ فِي الْقَدِيمِ يَعُودُ.

وَفِي الجَدِيدِ عَلَى قَوْلَيْنِ.

وَكَذَلِكَ حكمُ الْعِتْقِ إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدار فأنت حُرٌّ، فَبَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ وَأَقْبَضَهُ، ثُمَّ دَخَلَ - لا يعتق، وتنحلُّ، اليَمِينُ حَتَّى لو مَلَكَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ دَخَلَ لَمْ يَعْتِقْ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُل حَتَّى مَلَكَهُ، ثُمَّ دَخلَ - هَلْ يَعْتِقُ.

فِي القَدِيم: يعتق.

وَفِي الْجَدِيد: عَلَى قَوْلَيْن.

أما إذا عَلّق ذمِّيٌّ عِتْقَ عبده الذمي بِصِفَةٍ، ثُمَّ أعْتَقَهُ فَنَقض العَهْدِ فَسَبي واسترقَّ، وقلنا: يبطل وَلاءُ الذمِّي فيملكه سيدُه الأولُ، ثُمَّ وجدت الصِّفَة لا يعْتِقُ عَلَى قَوْلِهِ الْجَدِيدَ، كَالْمَنْكُوحَةِ إذَا طَلَّقَهَا ثلاثاً، ثُمَّ نكَحَها لا يَعُودُ اليمينُ؛ لأنَّه تَخَلَّلَ فِي الموضعيْن بَيْنَ التَعْليق ووجود الصِّفَةِ حَالَةٌ مَانِعَةٌ مِنْ إحْدَاثِ الْمِلْكِ.

وَإذا قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً فِي كُلِّ سَنَةٍ واحدة، أَوْ أَنْتِ طالقٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ واحدة - يقع من الطلاق في الحال طلقة واحدة، لأنها من السَّنة ليلاً كان أو نهاراً.

ثُمَّ إنْ أرَادَ بِهِ السَّنَةَ العربيةَ، فَإذَا أهلَّ هِلالُ الحرم وَقَعَتْ طلقةٌ أُخرَىٰ، وَإنْ لَمْ يكُنْ بَقِي من سَنَةِ اليمين إلا قليلٌ، بأن كان في آخر ذي الحجة.

وإن لم يُرِدْ بِهِ السَّنة العربية، بل أراد كُلَّ سَنَةٍ اثني عشر شهراً، أو أطلق - فلا تقع أخرى، ما لم يمض من وَقْتِ اللَّفْظِ اثنا عشر شَهْراً، ويصير إلى مثل ذلك الوَقْتِ الَّذِي تَلَفَّظَ بِهِ.

فَإذا مَضَتْ سَنَةٌ لا تخلو من ثَلاثَةِ أحوالٍ: إما ألاَّ تكون المرأة في نِكَاحِهِ، أو كَانَتْ فِي نِكَاحِهِ بحكم الْعَقْدِ الأوَّل بأن كان قَد رَاجَعَها، أوْ كَانَت تحته بِعَقْدٍ آخَرَ.

فَإنْ لَم تَكُنْ فِي نِكَاحِهِ فَلا تقعُ الثَّانِيَة، حَتَّى لَوْ لَمْ يَنْكِحْهَا حَتى [مضت][1] السُّنون الثَّلاث، ثُمَّ نَكَحَها - لا يقع بفوات وقت الطَّلاقِ. وَإنْ كَانَتْ تَحْتَهُ بحكم الْعَقْدِ الأوّلِ؛ بأن كان قد رَاجَعَهَا بَعْدَ الطَّلْقَةِ الأولى، وامتدَّتِ عدَّتُهَا، فَكَانَت في عِدَّةِ الرَّجْعَةِ - وقعت طَلْقَةٌ أُخرَى بِدُخُولِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ.

فَإنْ كَانَتْ تحته بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ؛ بأن انقضت عِدَّتُهَا مِنْ تِلْكَ الطَّلْقَةِ، ثُمَّ نَكَحَها؛ فَعَلَى مَوْلَى عَوْدِ اليمين، فإن قلنا: يعودُ، فَلَوْ نكَحَها وَلَمْ يَبْقَ مِنَ السَّنَةِ الثانية إلا ساعة - تقع طَلْقَةٌ، ثم إذا دَخَلَتِ السنةُ الثالثةُ تقع الطلقةُ الثَّالثةُ. وَلَوْ قَالَ: أنتِ طَالِقٌ ثَلاثاً فِي كُلِّ يَوْمٍ وَاحدةٌ؛ فإن قَاله بِاللَّيْلِ لا يقعُ حَتَّى يطلع الفَجْرُ، وَإنْ قاله بِالنَّهَارِ يقع في الحال طَلْقَةٌ، ثُمَّ إذا طَلَعَ الفجرُ من اليوم الثاني تَقَعُ طلقةٌ أُخرى، فلا يمهل حتى يجيء من الْيَوْمِ الثَّانِي الوقتُ الَّذِي طَلَّقَ فِيهِ بالأمس، بخلاف السَّنَةِ حيث لا تَقَعُ الثَّانِيَةُ مَا لَمْ يأت من السَّنَةِ الثَّانِيَةِ وَقْتُ الطَّلاقِ، لأن السنةَ تُحْسَبُ بِمُضِيِّ الشُّهور، فهو اسمٌ لاثني عشر شهراً، واليوم لا يحسب بمضيِّ الساعات؛ لأنه يَعُمُّضُ، فهو اسم لما بين الطُّلُوع إلى الغروب في العادة.

---

(١) في د: تقضت.

فَصْلٌ فِي أَنَّ الطَّلَاقَ لا يَكُونُ إلاَّ بَعْدَ النِّكاح

رُوِيَ عَنْ عَبْد الله بْنِ عُمَرَ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «لا طَلاقَ إلاَّ بَعْدَ نِكاحٍ، وَلا عِتْقَ إلاَّ بَعْدَ مِلْكٍ»[1] لا يجوز تَعْلِيقُ الطَّلاق بالنكاح، مثل أن قال لأجنبية: إذَا نَكَحْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإذَا نَكَحَهَا فَلا يَقع الطَّلاق.

وكذلك لَوْ عَمَّمَ فقال: كُلُّ امرأةٍ أَنْكَحُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، فَنَكَحَ امرأَةً لا تُطَلَّقُ؛ وهو قَوْلُ أكْثرِ أَهْلِ العلمِ مِنَ الصَّحابة، فَمَنْ بَعْدَهُمْ. وَكَذَلِكَ حكمُ الْعِتْقِ.

وَلَوْ قَالَ: إن مَلَكْتُ عَبْدَ فُلانٍ فَهُوَ حُرٌّ، أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَملكُه فَهُوَ حُرٌّ، فملك عَبْداً ـ لا يَعْتِقُ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٤٠) كتاب الطلاق: باب في الطلاق قبل النكاح حديث (٢١٩٠) والترمذي (٢/ ٣٢٦) كتاب الطلاق واللعان: باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح حديث (١١٩٢) وابن ماجة (١/ ٦٦٠) كتاب الطلاق: باب لا طلاق قبل النكاح حديث (١٠٤٧) والطيالسي (١/ ٣١٤ ـ منحه) وابن الجارود رقم (٧٤٣) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٢٨٠ ـ ٢٨١) والبيهقي (٣١٨/٧) كتاب الخلع والطلاق باب الطلاق قبل النكاح، من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقال الترمذي: حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب وقال في «العلل الكبير» (ص ـ ١٧٣) رقم (٣٠٢): سألت محمدًا عن هذا الحديث فقلت: أي حديث في هذا الباب أصح.

فقال: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ا. هـ.

وفي الباب عن جماعة من الصحابة وهم علي ومعاذ وجابر وابن عباس وعائشة والمسور بن مخرمة وابن عمر وأبو ثعلبة الخشني.

ـ حديث علي.

أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤) كتاب الوصايا: باب ما جاء متى ينقطع اليتم حديث (٢٨٧٣) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٢٨٠) والطبراني في «الصغير» (١/ ٩٦) من طريق أحمد بن صالح ثنا يحيى بن محمد ثنا عبد الله بن خالد بن سعيد بن أبي مريم عن أبيه عن سعيد بن عبد الرحمن بن رقيش أنه سمع شيوخًا من بني عمرو بن عوف ومن خاله عبد الله بن أبي أحمد قال علي بن أبي طالب: حفظت لكم من رسول الله ﷺ ستًا: لا طلاق إلاّ بعد نكاح ولا عتاق إلاّ من بعد ملك إلى آخر الحديث.

قال الطبراني: وقال أحمد بن صالح: عبد الله بن أبي أحمد من كبار تابعي المدينة قد لقي عمر بن الخطاب وهو أكبر من سعيد بن المسيب.

ـ حديث معاذ.

أخرجه الحاكم (٢/ ٤١٩) والبيهقي (٣١٨/٧) من طريق ابن جريج عن عمرو بن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق إلاّ بعد نكاح ولا عتق إلاّ بعد ملك» وهذا إسناد ضعيف لانقطاعه بين طاوس ومعاذ قال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ٢٠١): طاوس بن كيسان قال ابن المديني: لم يسمع من معاذ بن جبل شيئًا وقال يحيى بن معين: لا أراه سمع من عائشة وقال أبو زرعة: لم يسمع من عثمان شيئًا وقد أدرك زمنه وطاوس عن عمر وعن علي وعن معاذ مرسل رضي الله عنهم ا.هـ.

. . . .

= والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٣٧) وقال: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات إلا أن طاوسًا لم يلق معاذ بن جبل. تنبيه: صحح هذا الحديث الحاكم على شرطهما ووافقه الذهبي وهو وهم للانقطاع المعروف بين طاوس ومعاذ.

ـ حديث جابر.

أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١٦) والطيالسي (١/ ٣١٤ ـ منحة) والحاكم (٢/ ٤١٩ ـ ٤٢٠) والبيهقي (٧/ ٣١٩ ـ ٣٢٠) كتاب الخلع والطلاق: باب الطلاق قبل النكاح من طرق عن جابر. وصححه الحاكم.

ـ حديث ابن عباس.

أخرجه الحاكم (٢/ ٤١٩) من طريق أيوب بن سليمان عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: لا طلاق لمن لا يملك.

وصححه الحاكم.

وأخرجه أيضًا من طريق طاوس عن ابن عباس موقوفًا وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٣٩٢) وزاد نسبته إلى ابن أبي حاتم.

وقال السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٣٩٢) وأخرج عبد بن حميد عن سعيد بن جبير رضي الله عنه قال: سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل يقول: إنْ تزوجت فلانة فهي طالق قال: ليس بشيء إنما الطلاق لمن يملك.

وأخرجه أيضًا ابن المنذر وابن أبي حاتم طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس بنحوه كما في «الدر المنثور» (٥/ ٣٩٢).

ـ حديث عائشة.

أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١٦) والدارقطني (٤/ ١٦٥) كتاب الطلاق حديث (٤٥، ٤٦) والحاكم (٢/ ٤١٩) عنها مرفوعًا بلفظ: لا طلاق إلاَّ بعد نكاح ولا عتاق إلاَّ بعد ملك.

قال الترمذي في «العلل الكبير» (ص ـ ١٧٣) رقم (٣٠٢).

سألت محمدًا عن هذا الحديث فقلت: أي حديث في هذا الباب أصح ـ في الطلاق قبل النكاح؟

فقال حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده.

وحديث هشام بن سعد، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة فقلت: إن بشر بن السري وغيره: قالوا عن هشام بن سعد (ق ٣٢ ـ أ) الزهري، عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ فقال: إن حماد بن خالد روى عن هشام بن سعد، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، موقوفًا.

والحديث ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٣٩٢) وعزاه للحاكم وابن مردويه.

حديث المسور بن مخرمة.

أخرجه ابن ماجة (١/ ٦٦٠) كتاب الطلاق: باب لا طلاق قبل النكاح حديث (٢٠٤٨) والسهمي في «تاريخ جرجان» (ص ـ ٢٥٧) من طريق علي بن الحسين بن واقد ثنا هشام بن سعد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة عن النبي ﷺ قال: لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٣٢): هذا إسناد حسن علي بن الحسين وهشام بن سعد مختلف فيهما. ا.هـ وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٥/ ٣٩٣) وعزاه إلى ابن ماجة وابن مردويه.

=

وكذلك لو قال: كُلُّ عبدٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ مُدَبَّرٌ، أَوْ قَالَ العبد بِعَيْنِهِ: إن مَلَكْتُكَ فَأَنتَ مُدَبَّرٌ فملكه ـ، لا يكون مُدَبَّراً، بخلاف ما لو قال: إن شَفَى الله مَرِيضي فَلِلَّه عَلَيَّ عتقُ عَبْدٍ ولا عبد له ـ يلزمه النَّذْر؛ لأنه التزامٌ في الذِّمَّة، ويجوز أن يلتزمَ في ذِمَّتِهِ ما لا يملكه، وليس يتصرف في مِلْكِ الغير؛ بدليل أنه إذا مَلَكَهُ لا يعتق عليه ما لم ينشىء إعتاقه.

أما إذا عَيَّنَ عَبْداً، فَقَالَ: لله عَلَيَّ أن أعتقَ عَبْدَ فلانٍ ـ نظر إن لم يقل: إن ملكته لا يَلْزَمُهُ، وَإِنْ قَالَ: إنْ مَلَكْتُهُ فوجهان:

أحدهما: لا يلزمُ تعليقُ الْعِتْقِ.

والثاني: يلزمُ؛ لأنه التزامٌ في الذِّمَّة.

وعند أبي حَنِيفَة: يصحُّ تَعْلِيقُ الطَّلاقِ بِالنِّكَاحِ، وَتَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالملكِ. وَإذا نَكَحَ وملك وَقَعَ، سواء عَمَّ أَوْ خَصَّ، وَهُوَ قَوْلُ الشعبي والنخعي.

وعند مالك، إن عمَّ لم يقع وإن خَصَّ وقع، والحديثُ حُجَّةٌ عليهم.

وَسُئِلَ ابنُ عَبَّاسٍ رَضِي الله عنه عن هذه الْمَسْأَلَة، فاحتج بقوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] رتب الطَّلاق على النِّكاح، وبالاتفاق لو قال لأجنبية: إن دَخَلْتِ [الدَّار][1] فأنت طالقٌ ولم يَضِفْ إِلَى النكاح أَوْ قَالَ لعبدٍ فلان: إن كَلَمْتِ فلاناً فَأَنتِ حرٌّ ولم يَضِفْ إِلَى الملك، ثُمَّ نَكَحَهَا، فَدَخَلَت [الدَّار][2] وَمَلَكَ الْعَبْدَ فَظَلَمَ بعده ـ لم تُطَلَّقْ ولم يَعْتِقْ، فنقيس عليه بأنه يمين بالطلاق سبق النِّكاحَ، فلا يصحُّ

= ـ حديث ابن عمر.

أخرجه الحاكم (٢/ ٤١٩) والطبراني في «الصغير» (١/ ١٨٠) من طريق محمد بن يحيى القطيعي ثنا عاصم بن هلال البارقي عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: لا طلاق إلاَّ بعد نكاح.

وصححه الحاكم.

ـ حديث أبي ثعلبة الخشني.

أخرجه الدارقطني (٤/ ٣٥ ـ ٣٦) كتاب الطلاق حديث (٦٧). من طريق علي بن قرين ثنا بقية بن الوليد عن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن أبي ثعلبة الخشني قال: قال لي عم لي اعمل لي عملاً حتى أزوجك ابنتي فقلت: إن تزوجنيها فهي طالق ثلاثًا ثم بدا لي أن أتزوجها فأتيت النبي ﷺ فسألته فقال لي: تزوجها فإنه لا طلاق إلاَّ بعد نكاح فتزوجها فولدت لي سعدًا وسعيدًا.

قال أبو الطيب آبادي في «التعليق المغني» (٤/ ٣٦): قال صاحب التنقيح وهذا باطل علي بن قرين كذبه يحيى بن معين وغيره وقال ابن عدي: يسرق الحديث ا.هـ وقال الذهبي: قال يحيى: كذاب خبيث وقال أبو حاتم: متروك الحديث.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

[كالمطلق][1]، ولو قال لامرأته: إن بِنْتِ مِنِّي وَنَكَحْتُكِ فَأَنْتِ طالِقٌ، فبانت ثم نكحَها. هَلْ تُطَلَّقُ؟.

قِيلَ: هي عَلَى قَوْلي عَوْدِ الْيَمِينِ. والمذهبُ: أنَّها لا تُطَلَّقُ قولاً واحداً؛ لأنه لم يَعْقِد اليمينَ عَلَى ذَلِكَ الْمِلْكِ.

وَلَوْ قَالَ عَبْد لامرأته: إن عتقت فإنت طَالِقٌ ثلاثاً، أو قال: إن دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا، فَدَخلَت بَعْدَ الْعِتْقِ ـ تَقع الثَّلاثَ.

وإن لَمْ يَكُنْ مَالِكاً لِلطَّلْقَةِ الثَّالِثة حَالَةَ اليمينِ؛ لأنه كان مالكاً لأصل الطَّلاقِ وذلك الملكُ باق؛ بدليل أن الثَّالِثَةَ تَقَعُ، وَإِنْ لَمْ يُضِفْهُ إِلَى حالة الْعِتْقِ.

وَلَوْ عَلَّقَ عَبدٌ طلْقتَيْنِ بِصِفَة، أَوْ مَجيء الغد، فعتق قبل وُجُود الصِّفة ومجيء الغد ـ مَلَكَ الثَّالِثة، حتَّى لوْ وُجِدت الصِّفَةُ أَوْ جَاءَ الغدُ وقعت طَلْقَتَانِ وله الرَّجْعَةُ.

وَكَذَلِكَ قَالَ أصحابنا: إذا وقعت الطَّلْقَتَانِ والعتق معاً. يملكُ الثَّالِثَةَ ـ مثل إن قال العبدُ لامرأته: أنتِ طَالِقٌ ثنتين مع إعتاق مَوْلايَ إِيَّايَ، فأعتقه المولَىٰ طُلِّقَتْ ثِنتَيْنِ، وَلَهُ الرَّجْعَةُ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ العبدُ لامرأته، إذا جَاءَ الغدُ فأنت طالِقٌ طَلْقَتَيْنِ؛ فَقَالَ سَيِّدُ العبد: إذَا جَاء الغدُ فأنت حُرٌّ، فإذا جَاءَ الغدُ عَتِقَ وَوَقَعَتْ طَلْقَتَانِ، وَلَهُ الرَّجْعَةَ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ العبدُ لامرأته: إذَا مَاتَ مَوْلايَ فأنتِ طَالِقٌ طَلْقتَيْنِ، وَقَالَ لَهُ المَوْلَى: إذَا مُتُّ فَأَنْتِ حُرٌّ، فَمَاتَ ـ وَقَعَتْ طَلْقَتَانِ، وَلَهُ الرَّجْعَةُ. وَإِنْ كَانَ الزوجُ قَدْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِهِ طَلْقتَيْنِ، فَإِذَا مَاتَ المَوْلَى طُلِّقَتِ المرأةُ قبله طَلْقتَيْنِ، ولا رَجْعَةَ له؛ لأنه اسْتَوْفَىٰ طَلْقتَيْنِ فِي الرِّقِّ والله أعلم بالصَّوابِ.

بَابُ مُخَاطَبَةِ المَرْأَةِ بِمَا يَلْزَمُهَا مِنَ الخُلْعِ

اعلم أن الخُلْعَ إذا جَعَلْناهُ فَسْخاً، فَهُوَ مُعاوَضَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ لا تَعْلِيقَ فِيهِ؛ لأن تَعْلِيقَ الفِسوخِ لا يصحُّ.

وَإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلاقًا وَطَلَّقَ صَرِيحاً عَلَى مَالٍ ـ فَهُوَ فِي جَانِبِ الرَّجُلِ يَنْتَهِي إِلى الْمُعَاوَضَةِ، وَإِلَى تَعْلِيقِ الطَّلاقِ.

وَفِي جَانِب الْمَرْأَةِ مَعاوضة تنزع إِلَى الْجَعَالَةِ، ثُمَّ فِي جَانِبِ الزَّوْجِ يغلبُ حكم المعاوضة في مسائل ويغلبُ حكمُ التَّعْلِيقِ فِي مَسَائِل، وَيُرَاعي معنى الشبهين في مَسَائِل:

أمَا ما يغلبُ فيه حُكمُ المعاوضةِ إذا قَالَ: طَلَّقْتُكِ أَو أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، يُشرط قَبُولُها فِي مَجلسِ التواجب، حَتَّى لَوْ طَالَ الزمانُ بَيْنَ الإيجاب وَالْقَبُولُ، أَو اشتغل بينهما

---

(١) سقط في د.

بكلامٍ آخر، ثُمَّ أَجابت ـ لا يقعُ، ويجوز للزَّوج الرجوعُ قبل [قبُولِها][(١)]، وَإِذا أَوجب عدداً فَقَبِلَتْ بعضه؛ مثل أَنْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ ثَلاثاً بِأَلفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً بثلث ألفٍ، أو قال: طَلَّقْتُكِ بألفٍ، فَقَالَت: قَبِلْتُ بِخَمْسِمَائَة أَوْ بِأَلْفَيْنِ ـ لا يَقَع كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ هذا العبدَ بألفٍ، فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ ثَلاثَةٍ ـ لا يَصحُّ. وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتَيْنِ: طَلَّقْتُكُمَا، أَوْ خَالَعْتُكُما بألفٍ، أَو أَنتما طَالِقَانِ عَلَى أَلفٍ، وَقبِلتْ إحداهُمَا لا يَقَعُ عَلَيْها شَيْء، كَما لَوْ قَالَ: بِعْتُكُما هذا العَبْدَ بِأَلْفٍ فَقَالَ أَحَدَهُمَا: قَبِلْتُ ـ لا يَصِحُّ.

قَالَ الشيخ: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لامْرَأَتَيْنِ: طَلَّقْتُ إِحْدَاكُمَا بألف، وَلَمْ يُعَيِّنْ، فَقَالَتَا: قبلنا ـ لا يَقَع.

أَما ما [يقع][(٢)] فيه حكمُ التَّعْلِيقِ إِذَا قَالَ مَتَىٰ، أَوْ مَتَىٰ مَا، أَوْ أَي وَقْت أَوْ حِين، أَوْ أَيّ زمان أَعْطَيْتِنِي أَلفاً فَأَنتِ طَالِقٌ، فَمَتَى أَعْطَتِ الألفَ ـ مَلَكَها الزَّوْجَ وَطُلِّقَتْ، وَلا يَختَصُّ الإعطاءُ بالمجلس ولا رُجُوعَ للزَّوْج قبل الإعطاءِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: مَتَى ضَمِنْتَ لِي أَلفاً فَأَنتِ طَالِقٌ، أَوْ قَالَ: مَتَىٰ شِئْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلف، فَمَتَى ضمنت أَوْ شَاءَتْ طُلِّقَتْ وَلَزِمَها الألفُ، وَلا يَختَصُّ الضِّمان[(٣)] والمشيئة، بالمجلس، ولا رُجُوعَ لِلزَّوْجِ قَبْلَ الضَّمَانِ وَالمشيئةِ.

وَأَمَّا ما يُرَاعَىٰ فِيهِ مَعْنَى الشِّبْهَيْنِ إِذَا قَالَ: «إن» أَوْ «إذا» أعطيتني ألفاً فأنتِ طَالِقٌ، أَوْ قَالَ: إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلفاً، أَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلف ـ يُشْتَرَطُ الإعطاءُ والضَّمانُ والمشيئةُ فِي مَجْلِس التَّوَاجُبِ؛ كَمَا فِي الْمُعَاوَضَاتِ، وَلا رجوعَ لِلزَّوْجِ قَبْلَ الإِعْطاءِ وَالضَّمَانِ وَالمشيئةِ، كَمَا فِي التَّعْلِيقَاتِ.

وَقِيلَ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الإعْطَاءِ وَالضَّمَان فِي المَشِيئَةِ؛ كَمَا فِي المعاوضات.

وَأَما مِنْ جَانِبِ الْمَرأَةِ معاوضةً تنزع إِلَى الْجَعَالَةِ، حَتى يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ جَوَابِهِ بِكُلِّ حَالٍ، لأن كلاً يقبل الرُّجُوعَ.

وَلَوْ قَالَت: طَلِّقني بألفٍ، أَوْ عَلَى أَلف أَو لك ألف، أَو على أَنْ أَضْمَنَ لَكَ أَلفاً، أَوْ وأَضمن لك ألفاً أَو قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي أَوْ مَتَى طَلَّقْتَنِي فلك أَلْفٌ، فطلقها ـ يَقَعُ ويجب عليها الألف.

ويجب أَن يُطَلِّقَهَا فِي مجلس التواجبِ كما فِي المُعَاوَضَاتِ، ويصحُّ بهذه الأَلْفاظِ كَمَا فِي الجعالةِ أَوْ قَالَ: إِنْ رددت عبدي فَلَكَ كَذَا، أَو رُدَّ عَبْدِي وَأَضْمَنُ لَكَ كَذا، فَرَدَّهُ يستحقُّه؛ كما لو جزم وَقَال: رد عَبْدِي بكذا، بخلاف البيع، فإنه لَوْ قَالَ: إِنْ بِعْتَنِي عَبْدَكَ فَلَكَ عَلَيَّ كَذا، أَوْ بِعْنِي وَأَضْمَنُ لَكَ كَذا، فَقَالَ: بِعتُ ـ لا يَصِحُّ.

---

(١) في د: قولها.

(٢) في د: يغلب.

(٣) في د: الزمان.

وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي بِكذا فَقَالَ: بِعْتُ - يصح؛ لأن [أمر][1] الطلاق مَبْنَاهُ عَلَى الْغَلَبَةِ وَالاتِّساع؛ ولذلك جَازَ تَعْلِيقُهُ، فحل المعلق من الطَّلاق محل المُنجزَّ مِنْ الْبَيْعِ.

وَعَلَى هذا لَوْ قَالَتِ المرأةُ: طَلِّقْنِي ثلاثاً بألفٍ فَطَلَّقَ وَاحدةً تستحقُّ ثلثَ الألف؛ كما في الجعالة، ولو قال: رُدَّ عَبِيْدِي الثلاثةِ بألف، فَرَدَّ واحداً - يستحقُّ ثُلُثَ الألفِ. إلاّ أن التَّطليق هٰاهنا فِي مَجْلس التَّوَاجُبِ شرط، كَما فِي الْمُعَاوَضَاتِ، وَرَدُّ العبدِ فِي المجلسِ ليس بشرطٍ، وَلَوْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَقَالَتَا: طَلِّقْنَا بألفٍ فَطَلَّقَ أحداهُما - يَقَعُ عَلَيْها دُون الأُخْرَى.

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي بألفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكِ بخمسمائة - يَقَعُ. وَلَوْ طَلَّقَ بِأَلْفَيْنِ لا يَقَعُ.

وَحكَمَ العتق على المال حكمُ الطَّلاقِ مِنْ جَانِبِ السيِّدِ ينتهي إِلَى الْمُعَاوَضَةِ وَالتَّعْلِيقِ، وَمِنْ جَانب العبد إِلَى المُعَاوَضَةِ وَالجعالة، وَلَوْ قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ - نُظِرَ إِنْ لَمْ يَتقدَّم مِنْها استيجاب يَقَعُ الطَّلاقُ رَجْعِيّاً، قبلت أَوْ لَمْ تَقْبل؛ لأَنَّه نجز [إيجاب][2] الطلاق، ثم عطف عليها استيجاب المال، فلا يلزم؛ كما لو قَال طَلَّقْتُكِ وَعَلَيْكِ حَجٌّ، بُخلاف المرأَةِ إِذَا قَالت: طَلِّقْنِي وَعَلَيَّ أَلفٌ فقَالَ: طَلَّقْتُكِ - يَقَعُ بائناً وَعَلَيْها الألفُ؛ لأن المرأَةَ لا تَنْفَرِدُ بِالطَّلاقِ، وَإِنَّما يكونُ مِنْ جِهَتِها التزامُ المالِ، فحمل ذلك منها عَلَى مَا يَكُونُ من جِهَتِهَا، وَالرجلُ يَنْفَرِدُ بِالطَّلاقِ، فحمل ذلك [منه][1] على ما يَنْفَرِدُ بِهِ.

أَمَا إذا تَقَدَّم مِنْها استيجابٌ بالبدلِ؛ بأن قالت: طَلِّقْنِي عَلَى أَلفٍ، فَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُكِ وَعَلَيكِ أَلْفٌ - تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، وَعَلَيْها الألفُ، لأنَّه لو اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: طَلَّقْتُ بانت منه، ولزمها المالُ.

وَلَوْ قَالَتْ طَلِّقْنِي المرأة بالبدل، وَلَمْ تُسَمِّ شَيْئاً، فَقَال الزَّوج: طَلَّقْتُكِ وَعَلَيْكِ أَلف - فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ مبتدئاً: طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلفٍ ليقدم الاستيجاب، فَإِن قَبِلَتْ وَقعت البينونةُ وَعَلَيْها الألفُ، وَإِنْ لَمْ تَقبل لا يَقعُ شَيْء.

وَإِنْ قَالَ الزوجُ فِي جَوَابها: طَلَّقْتُكِ بِالبدلِ، وَطَلَّقْتُكِ مطلقاً يَقعُ بَائِناً، وَعَلَيْها مَهْرُ المِثْلِ.

وَلَوْ تَقَدَّمَ مِنْها استيجابٌ بِلا بدلَ، بأن قَالت: طَلِّقَنِي فقَال الزَّوْج: طَلَّقْتُكِ وَعَلَيْكِ أَلفٌ - يقع رَجْعِيّاً وَلا شَيْءَ عَلَيْها.

وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقْتُكِ عَلَى ألفِ دِرهمٍ إنْ شِئْتِ، فَإِن شاءت في مجلس التَّوَاجُبِ وَقَعَتْ الْبَيْنُونَةُ، ولزمتها الألفُ، وَإِنْ شَاءت بعده لا يَقَعُ.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

وَالإعطاءُ فِي المجلسِ [ليس بشرط](١). وكذا لو أعطتْ وَلَمْ تَشأ، أَوْ قَالَتْ: قَبِلْتُ أَوْ ضَمِنتُ ـ لا يقع.

وَلَوْ قَالَت المرأةُ: طَلِّقْنِي عَلَى ألفٍ، فَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُكِ عَلَى ألفٍ إن شِئْتِ ـ فَلا يَكُون هِذا جَوَاباً لَها؛ لأنها سألَتْ طلاقاً جَزْماً، وَيَكُونَ الزَّوْج مبتدئاً، فإن شَاءَتْ فِي الْمَجْلِس طُلِّقَتْ، وَإلاّ فَلا تُطَلَّقُ.

وَلَوْ قَالَ: إن ضَمِنْتِ لِي ألفاً فَأنتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ فِي الْمَجْلِسِ، ضَمِنْتُ ـ طُلِّقَتَ ولزمها الألف.

وَلَوْ أعْطَتْ أَوْ قَالَت: شئت ـ تَقَعُ، لأن الطلاق مُعَلَّقٌ بِالضَّمَانِ وَلَمْ يُوجَدْ.

وَلَوْ ضَمِنت خمسمائة لا يقع، ولو ضمنت الْفَيْنِ يَقَعُ، بخلاف مَا لَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَى ألفٍ، فَقَبِلْت عَلَى الْفَيْنِ ـ لَمْ يَقَع؛ لأنه مَحْضُ معاوضةٍ، فيشرط فيه الاتفاقُ بين الإيجاب وَالْقَبُولِ، وَقَوْله: «إن ضَمِنْت» تعليقٌ بصفةِ الضَّمَانِ، فَقَد وُجدت الصِّفة والزِّيادة.

وَإن قال: إنْ أعْطَيْتني ألف درهم فأنتِ طالقٌ يُشْتَرطُ الإعْطاءُ فِي الْمَجلِسِ، فَإن أعطت في مَجلس التَّوَاجُبِ طُلِّقَتْ، وملك الزَّوْجُ المالَ، وَإنْ أعطت أقَلَّ مِنْ ألفٍ لا تُطَلَّقُ، وَإنْ أعطت ألفين طُلِقَتْ وَيَملِكُ الزوجُ منها ألفاً، والزيادةُ أمَانَةٌ عنده.

وَإنْ أعطت ألفاً مغشوشةً لا يَقَعُ، إلاَّ أنْ تعطى قدراً تكونُ منهُ النُّقرة الخالصةُ ألفَ دِرْهَمْ ثُمَّ يَرُدّها إلَى الزَّوْج، وَيُطالِبها بألف خالِصَةٍ.

وَلَوْ أعْطَتْ ألفاً مِنْ النُّقْرَة غَير أنَّها خَشنةٌ، أَوْ سَوْدَاء، أَوْ رَدِيئَةٌ مِنْ جهة السِّكَّةِ ـ وَقَعَ الطَّلاقُ، وَالزَّوجُ بالخيار إن شَاءَ رَضِيَ بِها، وَإنْ شَاءَ رَدَّهَا وَطَالَبها بِالجَيِّدِ، إلاَّ أنْ يَكُونَ نَقْدُ الْبَلَدِ ذَلِكَ، فلا رَدَّ لَهُ. قَالَ الشيخ: وَإنْ كان نَقْدُ البلد مَغْشوشاً فَأعطت ألفاً منها ـ يقع؛ لأن الطَّلاقُ ينصرفُ إلَيْهِ.

وَلَوْ أعْطَتْ تِبْراً غَيْرَ مَضْرُوبٍ ـ لا يَقَعُ، لأنَّه [لا يُطْلَقُ](٢) عَلَيْهِ اسم الدراهم.

وَلَوْ أعْطَت ألفاً مَغْصُوبَةً لا يَقَعُ، لأنَّهُ يريد تَمْلكيني ألفاً.

وَلَوْ أتَتْ بِالألف فَامْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ أخذِهَا، فَوُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ ـ طُلِّقَتْ وَمَلَكَهَا الزَّوْجُ، لأن الإعْطَاءَ حَاصِلٌ.

فَإنْ أخَذَ مِنْها كَرْهاً لَمْ تطلق؛ لأن الإعطاءَ لَمْ يوجد، وَإنْ قَالَ: إنْ قبضت، أَوْ أخَذْتُ منكِ ألفاً فَأنْتِ طَالِقٌ، فَهُوَ مَحْضُ تَعْلِيقٍ.

فَإنْ أخَذَ مِنْهَا طوعاً، أَوْ كَرْهاً طُلِّقَتْ رَجْعِياً، وَعَلَى الزوج رَدُّهُ، وَلَوْ وضعت بين يديه لم تُطَلَّقْ.

---

(١) في د: شرط.

(٢) في د: لا يقع.

وَلَوْ قَالَ: مَتَىٰ أَعْطيتني أَلْف درهم فأَنْتِ طَالِقٌ، لا يشترط الإعطاءُ فِي الْمَجْلِس، فَمَتَىٰ أَعطت طُلِّقَتْ وَمَلَكَهَا الزَّوْجُ، لأن حَرْف «متى»، و «متى ما» لِلتَّأْخِيرِ.

وَلَوْ قَالَ: إنْ أَعْطَيتني عَبْدًا أَو ثوبًا وَوَصَفَهُ، فَأَعْطَتْ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ مَمْلُوكاً لها ـ طُلِّقَت، وملكَهُ الزَّوْجُ، وَإِنْ أَعْطَتْ عَلَى غَيْرِ تِلْكَ الصِّفَةِ لا يَقعُ، وَإِنْ لم يصف، بل قَالَ: إن أعطيتني عبدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَت فِي المجلس عَبْداً مَمْلوكاً لَها، طُلِّقَتْ ـ لوجود الصِّفَةِ، وَلا يملكه الزوجُ ـ لِلْجَهَالَةِ بالأوصافِ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثلِ.

وَكَذَلِكَ لَو قَال: إنْ أَعْطَيْتِنِي عبداً تركيَاً فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَأَعْطت هِنْدِيَاً ـ لا يَقع، وَلَوْ أَعْطَتْ تركيَاً طُلِّقَتْ، وَلا يَمْلكه الزَّوْجُ لِلْجَهَالَةِ بسائر الأوصافِ، وَعَلَيْها مَهْرُ المِثلِ، وَكَذَلِك لَوْ أَعْطَتْ مُدَبَّراً، أَوْ مُعَلَّقاً عتقه بصفة أَو عَبْداً معيباً زَمِناً ـ يَقَعُ الطَّلاقُ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثل.

وَلَوْ أَعْطَتْ مُكَاتَبَها لَمْ يَقَعْ.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَعطت عَبْداً مغصوباً أَوْ مشتركاً بينها وبين غيرها ـ لا يقع.

وقيل: إذا أعطت عَبْداً مَغْصُوباً، أَو مشتركاً ـ يقعُ؛ لأنه ليس فيه إلاّ أَنَّ الزَّوْج لا يملكه.

وَلَوْ كَانَ مَمْلُوكاً لَهَا أَيْضاً كَأَنْ لا يَمْلكه الزَّوْجُ للجهلِ بِهِ ـ يَقَعَ الطَّلاقُ، وَلَيْسَ بصحيح.

وَالمَذْهَب الأول أنه لا يقعُ الطَّلاقُ، بخلاف ما لو قَالَ: إِذَا أعطيتني خمراً أَوْ خِنْزيراً أَو ميتةً فَأَعْطَتْ طُلِّقَتْ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لأنَّ هَٰذِهِ الأَشْيَاءَ مِمَّا لا تَمْلِكُ، واللفظُ يتناولُ غَيْرَ محلولٍ، وَالعبدُ ممَّا يَمْلك، فَاللَّفظُ يتناولُ ما يكونُ مَمْلوكاً لَهَا.

فَإِنْ أَعطت خَمْراً أَوْ خِنْزِيراً أَوْ مَغْصُوباً ـ ففيه وجهان:

أصحهمـا: يَقَعُ؛ لأن مطلق ذكره انْصَرَف إِلَى مَا لا يُمْلَكُ.

وَالثَّانِي: لا يقعُ؛ لأَنَّهُ ينصرفُ إِلَى مَا يَكُون فِي يَدِها. وَلَوْ قَالَ: إنْ أَعْطَيْتَنِي هَذا العبد فَأَنْتِ طالق، أَوْ هذا الثوب فأعطته طُلِّقَتْ وَمَلَكَهُ الزَّوْجُ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ الزَّوْجُ بِهِ عَيْباً فَـرَدَّهُ أَوْ خَرَجَ مستحقاً يرجع عَلَيْها بِمَهرِ الْمِثْلِ عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ.

وَعَلَى الثاني بقيمةِ العبدِ صحيحاً، حتى لو قَالَ لامرأَتِهِ الأَمَةِ: إِنْ أَعطيتني ثَوْباً فأنت طالق، فأعطته ثوباً ـ لم تطلق لأنها أعطت مَا لا تَمْتَلِكُ.

فَإِنْ قَالَ: هَذا الثَّوب فَأَعْطَتْ طُلِّقَتْ، وَفِيما عَلَيها؟ قَولان.

أَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ أَعطيتني هذا العبدَ الْمَغْصُوبَ، فَأَنتِ طَالِقٌ فَأَعطته طُلِّقَتْ، وَعَلَيْها مهرُ المثل قَولاً واحداً؛ لفساد التَّسْمِيَةِ.

وَلَوْ قَالَ إِذَا أَعْطَيْتِنِي هَذا الثَّوْبَ وَهُوَ هرويٌّ، فَأَنْتِ طالقٌ، فَأَعطت ولم يكن هَرَوِيَاً ـ لا يقع.

فَصْل فِيما لَوْ قَالَتْ المرأة طلقني ثلاثاً

إِذَا قَالَتْ الْمَرأَةُ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً بألفٍ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ لَكَ أَلْفٌ؛ أَوْ طَلِّقْنِي ثَلاثاً وَلَكَ أَلفٍ فَطَلَّقَها واحداً ـ يستحقّ ثُلُثَ الألفِ.

وَإِنْ كَانَت عنده بِطَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَالَت: طَلِّقْنِي ثَلاثاً بِألفٍ فَطَلَّقَها وَاحدةً يستحقُّ جَمِيعَ الألفِ؛ لأن حُرْمَةَ الثَّلاثِ قَدْ حَصَلت بِهذه الطَّلْقَةِ. وَعِنْدَ المُزَنِي: لا يَسْتَحِقُّ إلاَّ ثُلُث الألفِ.

وَإِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ بِطَلْقَتَيْنِ، فإِنْ طَلَّقَهَا طَلْقَتَيْنِ استحقَّ الألف، وَإِنْ طَلَّقَها واحدةً استحقَّ ثُلُثَ الألفِ، وجملته: أنها إذا سألت عدداً مِنَ الطَّلاقِ عَلى مَال، فَإِنْ أَجَابَها الزَّوْجُ إِلَى مَا سَأَلَتْ، أَوْ حَصَلَ مَقْصُودُهَا ـ استحقَّ جَمِيعَ المسمَّى، وَإِن لَمْ يَحْصُلْ مقصودُها يُوَزَّعُ المالُ المبذولُ عَلَى الطَّلاقِ المسؤولِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ عِنْدَهُ ثَلاث طَلْقَاتٍ، فَقَالت: طَلِّقْنِي أرْبَعاً بألف، فَإِنْ طَلَّقَها أَرْبعاً أَوْ ثَلاثاً يستحقُّ الألف، وَإِنْ طَلَّقَها وَاحِدَةً يستحقُّ رُبُعَ الألف أَوْ طَلقَها اثْنَتَيْن فنصفُ الألفِ.

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً بِألفٍ، فقَالَ: أَنْتِ طَالقٌ ثَلاثاً وَاحدة بِأَلْف [يَقَعُ الثَّلاثَةُ وَيَسْتَحِقُّ ثلث الألف؛ لأنه تَطَوَع باثنتين، وَلَوْ تَطَوَّعَ بِالثُّلُث كَانَ لا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً بِألف وَطَلْقَتَيْنِ مَجَاناً ـ يَقَع وَاحِدةٌ بألف][1] وَلا يَقَعُ الأُخْرَيَانِ؛ لأنها بَانَتْ بالأولى، فَلا يلحقُها الأخريان.

وَإِنْ قَالَتْ طَلقة مجاناً وطلقتين بألف، وَكَان بعد الدُّخُولِ ـ وَقَعَتْ الأُولَىٰ مَجَاناً، وَالأخرَيَانِ بِثُلُثَي الألْفِ.

فَإِن قِيلَ: وَجبَ أَنْ يستحقَّ كلَّ الألف لأنَّهُ حَصَلَ مَقْصُودُها.

قَال الشيخ: ذلك إذا وَقَعَ المملوكُ منَ الطَّلاقِ بإزاء الألف؛ لأن المالَ من جهتها بمقابلة ما يملكُ الزَّوْجُ عَلَيْهَا، وَهٰهنا لَمْ يَقَعْ مَا مَلَكَ عَلَيْها بإزاءِ الألف، بَلْ أَوْقَعَ الْبَعْض مجاناً.

وَإِنْ قَالَت: طَلِّقْني واحدةً بألفٍ، فَطَلَّقَها ثَلاثاً وَقَعَ الثلاثُ واحدة منها بألف، وَكَذَلِكَ لَوْ صَرَّحَ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً واحدة بألف؛ كما لو أَبَقَ لَهُ ثَلاثَةُ أَعْبُدٍ فَقَالَ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْفُلاني فَلَهُ أَلْفٌ، فَرَدَ رَجُلٌ الثَّلاثَ ـ يَسْتَحِقُّ الألف، وَكَانَ مُتَطَوِّعاً بِرَدِّ الآخَرَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً بِألف، فالظاهر هكذا أنه تَقعُ الثَّلاث، وَيستحقُّ الألف.

وَقِيلَ: تَقعُ الثَّلاثُ، وَلا يستحقُّ إلاَّ ثُلُثِ الألفِ؛ لأَنَّهُ جَعَلَ الألفَ بمقابلة الثُّلُثِ، فَلَمْ يَقعْ فِي مقابلة ما سَأَلَتْهُ المرأةُ إلاَّ ثلث الألف.

---

(١) سقط في د.

وقيل: لا يقعُ إلاّ وَاحدةٍ بثُلث الألْفِ، لأنَّهُ أَوْقَعَ الآخَرينَ بِالْعَوَضِ، وَلَمْ يُوجَد مِن جِهَتِهَا قَبُولٌ.

وَلَوْ قَالَ لَهَا فِي هٰذِهِ الصُّورَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ وطَالِقٌ وَطَالِقٌ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، سُئِل فَإِنْ قَال: أردتُ الأُولى بألف وقع الأُولى بالألفِ، ولا يقع الآخرانِ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ بالألف فِي مُقَابَلَةِ الثَّانِيَةِ وَقَعَتِ الأُوْلَىٰ مَجَاناً، وَالثَّانِيَة بالألف؛ لأنها رَجْعِيَّةٌ ولا تَقَعُ الثَّالِثَةُ، وَإِنْ قَالَت: أَرَدْتُ بِالألف مِنْ مُقَابلَة الثَّالِثَةِ وَقَعَتِ الأُولَيَانِ مَجاناً، وَالثَّالِثة بالألف.

وَإِنْ قَالَ: أَوْقَعْتُ الثَّلاثَ كُلَّهَا بالألْفِ وَقَعَتْ الأُوْلَى بثلثِ الألف، وَلا تَقَع الأُخْريان، لأنَّها بَانَتْ بِالأُوْلَى.

قَالَ رَضِيَ الله عَنْهُ: وَلَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ تَقَعُ الأُولى بألفٍ؛ لأنَّهُ جَوَابُ قَولها وَلا تَقَع الأخريان، وَإِنْ كَانت غَيْرُ مَدْخُولٍ بِها، وَأَرَادَ الألف في مُقَابَلَةِ الثَّانِيَةِ [وَقعتْ الأولى وَبَانَتْ مِنْهُ][1] ولا تَقَعُ الثَّانِيَةُ وَلا تستحقُّ المال، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ بَقِيَ لَهُ عَلَيْها إلاّ طلقة، فَقَالَتْ: طَلِّقْنِي ثلاثاً بألفٍ واحدة أُحَرِّمُ عَلَيْكَ بِهَا الآن، وَاثنتان إذا نَكَحْتَنِي بَعْد زَوْجٍ آخَر فَطَلِّقْهَا، تَقَعُ وَاحدة بِمَهْرِ المِثْلِ، وَيفسد المسمَّى بهذا الشَّرْطِ.

فَصْلٌ فِيمَا لَوْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَقَالَ طَلَّقْتُهُمَا

وَإِنْ كَانَتْ له امْرَأَتَانِ فَقَالَ: طَلَّقْتُهُمَا عَلَى أَلفٍ، فَقَبِلَتا فِي مَجْلِسِ التَّوَاجُبِ طُلِّقَتَا، وَفِيما يجبُ عَلَيهما؟ قَولان: أحدهما: يُوزَّعُ الْمُسَمَّى عَلَى مُهُورِ أمثالهما.

والثاني: عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ منهما مهرُ مثلها، ويفسد المسمى؛ لأن ما يخص كُلَّ وَاحِدة منهما حَالَةَ العقدِ مجهولٌ وَلَوْ تراخى قبول إحداهما عن حَالَةِ الْعَقْدِ فَهُوَ كَمَا لَوْ لَمْ تَقبل واحدةً منهما لا يصح [الخلع][2] في حق الأخرى. وكذلك لو ارْتَدَتْ إحْدَاهُمَا قَبْلَ الْقَبُولِ، وَكَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِها، أَوْ ارْتَدَّتَا ثُمَّ قَبِلَتَا بَعْدَ الرِّدَّةِ، وَكَانَ قَبلَ الدُّخُولِ بِإِحْدَيهما، وَأَسْلَمَتْ الأُخْرَى، أَوْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهِمَا وَعَادَتْ إِحْدَاهِما إِلَى الإِسْلام فِي الْعِدَّةِ دُونَ الأُخْرَى وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهِمَا لا يَقَعُ الطَّلاقُ عَلَيْهِمَا فقبلتا فِي مجلسِ التواجُب بَعْدَ الرِّدَةِ ثُمَّ جَمَعَهُمَا الإِسْلامُ ـ صَحَّ الْخُلْعُ فِي حَقِّهِمَا جَمِيعاً.

وَلَوْ قَالَ الزَّوجُ لَهَا: طَلَّقْتُكُمَا عَلَى أَلفٍ، إنْ شِئْتُما، فَشَاءَتَا فِي مَجْلِسِ التَّوَاجُبِ طُلِّقَتَا، وَلَزِمَهُمَا المال.

فَفِي قَوْلٍ: يُوَزَّعُ المسمَّى عَلَى مَهْرِ أَمْثَالهما.

وَفِي الثاني عَلَى كُلِّ وَاحدةٍ مَهرُ مثلهما.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

وَإِنْ تَرَاخَتْ مشيئةُ إحديهِمَا عَنْ مَجْلِسِ التَّوَاجُبِ فَلا يَقَعَ الطلاقُ عَلَى الأُخْرَى كَمَا لَوْ لَمْ تَشأْ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا.

وَلَوْ ابْتَدَأَتْ الْمَرْأَتَانِ فَقَالَتَا: طَلِّقْنَا عَلَى أَلْفٍ، فَطَلَّقَهُمَا فِي مَجْلِسِ التَّوَاجُبِ [طُلِّقَتَا][1]، وَفِي صِحَّةِ المسمَّى قَوْلان كَمَا ذَكَرْنَا بِخِلافِ مَا لَوْ قَالَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا: طَلِّقْنِي وَضُرَّتِي عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا يجب المسمَّى عَلَى الْقَائِلَةِ قَوْلاً وَاحِداً لأنَّ الْمُلْتَزِمَةَ للمال واحدة.

فَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَيْهِما فِي إِحْدَى الصُّورَتَيْنِ يقعُ عَلَيْهَا الطَّلاقُ بائناً.

وَفِيما عَلَيْها؟ قولاً:

أصحهما: عَليها مهرُ مثلها.

والثاني: عَلَيْها حِصَّتُهَا مِن المُسَمَّى بعد التَّوْزِيع عَلَى مَهْرِ المثلِ.

وَلَوْ ارْتَدَّتْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ الْقَبُولِ، ثُمَّ قَبِلَتَا وَكَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَلَمْ تُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتِ العدَّةُ - وَقَعَ الطَّلاقُ عَلَى المسلمة - دونَ الْمُرْتَدَّةِ، كَمَا لَوْ قَبِلَتْ إِحْدَاهُما.

فَصْلٌ

وَلَوْ قَالَتِ المرأةُ لِزَوْجِهَا: خُذْ هَذِهِ الألف عَلَى أَنْ تُطَلِّقَنِي بَعْدَ شَهْر - لا يَصِحُّ؛ لأن [السلم][2] في الطَّلاقِ يَجُوزُ فَإِنْ أَخذَ الألفَ وَطَلَّقَها بَعْدَ شهر، نَظَرَ إِنْ كَانَ عَالِماً بِفَسَادِهِ وَطَلَّقَهَا مبتدئاً وَقعَ الطَّلاقُ رَجْعِياً، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً وَطَلَّقَها عَلَى ذَلِكَ العوض - وَقَعَ بَائِناً وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثلِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَتْ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَنِي إِلَى شَهْرٍ مَتَىٰ شِئْتَ، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الشَّهْر، إلاَّ أَنَّ هٰهُنا إِذَا طَلَّقَهَا بَعْدَ الشَّهْر يَقَعُ رَجْعِياً، وَلا يستحقُّ شَيئاً؛ لأَنَّ شَرْطَهَا إِلَى الشَّهْرِ.

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي عَلَى هَذِهِ الألفِ إِلىٰ رأسَ الشَّهْرِ، عَلَى مَعْنَى أَنَّهَا تعُودُ زَوْجَةً بَعْدَ شَهْرٍ فَطَلَّقَهَا - وَقَعَ بَائِناً، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثْلِ للشَّرْط الْفَاسِدِ.

وَلَوْ قَالَتْ: عَلِّقْ طَلاقِي بِرَأْسِ الشَّهْرِ، أَوْ بصفةٍ أُخرَى عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ لَهَا الزَّوْجُ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّار فَأَنْتِ طَالِقٌ - فَعَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ، وَعَلَيْهَا الألفُ فِي الْحَالِ، وَإِذَا جَاءَ رأسُ الشهر، أَوْ وُجِدَتِ الصِّفَةُ وَقَعَ الطَّلاقُ بَائِناً؛ لأنَّهُ لَمَا جَازَ أَخذُ العوض عَلَى تَنْجِيزِ الطَّلاقِ، جَازَ عَلَى تَعْلِيقِهِ.

وَالثَّاني: ذَكَرَهُ الرَّبيع: أَنَّ الْعِوَضَ يَفْسَدُ؛ لأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْمعاوَضَةِ، فَلا يَصِحُّ تَعْلِيقُها، وَيَقع الطلاقُ عِنْدَ وُجُودِ الصِّفَةِ بَائِناً، وَعَلَيْها مَهْرُ المِثْلِ.

قَالَ الشَّيخ: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَتْ إذا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ وَطَلَّقْتَنِي، فَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فِيهِ وَجْهَان:

---

(1) سقط في د.

(2) في د: السلم.

أحدهما: إِذَا طَلَّقها عِنْدَ رَأْسِ الشَّهْرِ يقع، وَعَلَيْهَا المسمَّى.

وَالثَّانِي: يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ الزَّوْجِ مُبْتَدِئاً: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْف، فَقبِلَتْ فَقَوْلان:

أَحَدُهما: يَقَعُ عِنْدَ رَأْسِ الشهرِ عَلَى ألف.

وَالثَّانِي: بمهرِ المثلِ؛ لأَنَّهُ طلاقٌ، وَفِيهِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ، وَيصحُّ تَعْلِيقُ الطَّلاق، وَلا يَصحُّ تَعْلِيقُ المُعَاوَضَةِ، فَيُؤثر ذَلِكَ فِي فَسَادِ التَّسْمِيَةِ.

وَلَوْ فَوَّضَ الطَّلاق إِلَى امْرَأَتِهِ، فَقَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ، أَوْ قَالَ: طَلِّقِينِي مِنْ نَفْسِكِ إِنْ شِئتِ ـ يَصِحُّ، وَهُوَ فِي حُكْمِ التَّمْلِيكِ عَلَى الْقَوْلِ الجديد، وَهُوَ الْمَذْهَبُ حَتَّى يَختصَّ التَّمْلِيك بمجلس التَّوَاجُبْ فَلَوْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ زَمَانٍ لا يَقَعُ.

وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ: هُوَ تَوْكِيلٌ، وَلا يَخْتَصُّ التَّطْلِيقُ بِالْمَجْلِسِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ لأَجْنَبِيٍّ. طَلِّق امْرَأَتِي فَطلَّق بَعْدَ مدَّة يَقَعُ.

وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لَوْ رَجَعَ الزَّوْجُ قَبْلَ أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا، ثُمَّ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ـ لا يقعُ بخلاف مَا لَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ لا يصح رُجُوعه؛ لأنَّه تعليقٌ لا يقبل الرُّجُوعَ، وَهذا تَعويضٌ فيقبل الرُّجوع، فإن قَالَ طَلِّقي نَفْسَكِ إِنْ شِئْتِ، فقالت: طَلَّقْتُ مِنْكَ يَقَعُ، وَلَهُ الرجوعُ قَبْلَ قولها: طَلَقت.

ولا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ، وَبَيْنَ أَنْ يَقُولَ: وَكَّلْتُكِ فَطَلِّقِي نَفْسَكِ، فَيختص التَّطْلِيقُ بِمَجْلِسِ التَّوَاجُبِ عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيح.

وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ عَلَى ألف، أَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ عَلَى ألفٍ إِنْ شِئْتِ، فَقَالَتْ فِي الْمَجْلِسِ [طَلَّقْتُ][1] وَقَعَ بَائِناً، وَعَلَيْهَا الألف، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنْتِ لِي ألفاً. فَقَالَت فِي الْمَجْلِس، ضَمِنْتُ وَطَلَقْتُ، أَوْ طلقتُ وَضَمنتُ، أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي عَلَى أَلْف درهم يَقَع ويَجِبُ الْمُسَمَّى، وَلا يشترطُ الإعطاءُ في المجلس، وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْر فطَلِّقِي نَفْسَكِ، فعلىٰ قَوْلَيْن:

أَحدهما: لا يصحُّ، وَلَوْ طَلَقَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ شَهْرٍ، لا يقع؛ لأَنَّ فِيهِ معنى التَّمْلِيكِ، وتعليقُ التَّمْلِيكِ لا يجوزُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: مَلَّكْتُكِ هٰذِهِ العَيْنِ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْر **وَالثَّانِي**: يصحُّ، كما لو وَكَّلَ رَجُلاً لِيُطَلِّقَ زَوْجَتَهُ بَعْدَ شَهْرٍ يصحُّ.

فَإِن جوَّزْنَا فَإِذا قَالَ: إِذَا مَضىٰ شَهْرٌ فَطلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً، أَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً بَعْدَ سَنَةٍ، فَإِذَا طَلَّقَتْ نَفْسَهَا عَلَى ذَلِكَ بَعْدَ مُضِيِّ المدَّةِ يَقَعُ، وَلَزِمها الألفُ. وَحكمُ تعويض العِتْقِ إِلَى الْعَبْد حكم، وَتَفْوِيض الطَّلاق.

---

(١) في د: شئت.

فَصْلٌ فِي الخَلْعِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ

الْخَلْعُ مَعَ الأَجْنَبِيِّ جَائِزٌ.

فَإِذَا قَالَ رَجُلٌ لآخر: طَلِّقِ امْرَأَتَكَ عَلَى أَلْفِ درهمٍ عَلَيَّ وَقَالَ: إِنْ طَلَّقْتَهَا فَلَكَ عَلَيَّ أَلْف، فَطَلَّقَ فِي الْمَجْلِس - يَستحقُّ الألف - عليه.

وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِ امْرَأَتَكَ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَ أحداهما يقع بائناً، وَعَلَيْهِ مهرُ المِثْلُ عَلَى الْقَوْل الأَصح، وحكمُ الزَّوْجِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ كَحُكْمِهِ مَعَ الْمَرْأَةِ، فِي أَنَّهُ فِي جَانِبِ الزَّوج يَنْزِعُ إِلَى الْمُعَاوَضَةِ وَإِلَىٰ التَّعْلِيقِ. وَفِي جَانِبِ الأَجْنَبِيِّ، يَنْزِعُ إِلَى الْحَوَالَةِ.

وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لِلأَجْنَبِي: طَلقْتُ امْرَأَتِي وَعَلَيْكَ أَلف، يَقَعُ رَجْعِيّاً، وَلا يَسْتَحِقُّ المَال.

وَلَوْ قَالَ الأَجْنبِيُّ: طَلِّقْ امْرَأَتِك وَعَلَيَّ أَلف [أَوَ لَكَ أَلف][1] وَطَلَّق يَقَعُ بَائِناً وَعَلَيْهِ الأَلفُ؛ كَمَا فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ؛ وكَمَا لَوْ قَالَ لِرَجل؛ أَعْتِقْ أم وَلَدِكَ وَعلَيَّ أَلف، أَوَ لَكَ أَلف، فأَعتق - عتقت ، وَعَلَى القَائِلِ الأَلف.

قَالَ الشيخ: وَلَوْ اخْتَلَعَهَا عَبدٌ يتعلَّق بدلُ الْخُلْع بِذِمَّتِهِ؛ كَمَا لَوْ اختلعت الأَمَةُ نَفْسَهَا.

وَلَوْ اخْتَلَعَهَا سَفِيهٌ يَضَعُ رَجعيًا؛ كَما لَوْ اختلعتِ السَّفِيهَةُ نَفْسها، وَلَوْ اخْتَلَعَها الأَجْنَبِيُّ عَلَى مالَها: لا يَخْلو إما أن يَكُونَ بِإِذْنها، أو غَيْرِ إِذْنها.

فَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنها؛ بِأَنْ قَالَ: طَلِّقِ امْرَأَتَكَ عَلَ [عَبْدِها][2] هذا أَوْ عَلَى صَدَاقِها، أَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ صَدَاقِها فَطَلَّقَها الزَّوْجُ يَقَعُ رَجْعِياً، سواء كَانَتْ المرأة صَغِيرَةً أَوْ بِالغةً، بِكْراً أَوْ ثَيِّباً، سَواء كَانَ القَائِلُ أَبَ المَرأَةِ أَوْ غَيْرِه، وَلا يَلزم المَالُ، بخلاف المَرْأَةِ إِذا قَالَتْ: طَلِّقْنِي عَلَى هَذَا الْعَبدِ المغصوبِ فَطَلَّقَهَا - يَقَعُ بَائِناً، وَعَلَيْهَا مَهْرُ مثلها.

وَالفرقُ أَنَّ مَنْفعة البُضعِ تعودُ إِلَيْهَا والزوجُ لَمْ يَتَبَرعْ بِإِزَالَةِ مُلْكِهِ إِلَيْهَا مَجَاناً فَلَزِمَهَا المالُ، وَالأَجنَبِي لا تَصِير له مَنْفَعَةُ البُضْعِ بِالاختِلاعِ لكنَّهُ مُتبرعٌ بِأَدَاءِ المَالِ لتخليصها عَنْ رِقِّ الزَّوْجِيَّة.

وَقَدْ أَبْطَلَ تبرعه بِإِضافَةِ المَالِ إِلَيْهَا، حَتَّى لَوْ قَالَ الأَجْنَبِي: طَلِّقْهَا عَلَى هَذا الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ أَوْ عَلَى عَبْدَ زَيدٍ، أَوْ عَلَى هذا الخمرِ فطلّقَ يَقَعُ رَجْعِياً، ولا تلزمه المالُ. وَلَوْ قَالَ الأَجْنَبِي: طَلِّقْهَا عَلَى هٰذا العبدِ فَطلِّق، والعبدِ مِلْكُ المَرْأَةِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَضِفْ إِلَيْهَا - يَقَعُ الطَّلَاقُ بَائناً [وَعَلَى الأَجْنَبِيِّ مهرُ المثلِ][3] سواءٌ كَانَ الزوجُ عَالِماً بِأَن العبدَ للمرأَةِ أَوَ لَم يَكُنْ، لأَنَّهُ لَمْ يَبْطِل تبرعه بالإِضافَةِ إِلَيْها، وَقَدْ يقدر الزوجُ عَلَى انتِقالِ الملكِ إِلَيْهِ مِنْهَا، فَإِنْ قَالَ

(١) سقط في د.

(٢) في د: عبد.

(٣) سقط في د.

الأَجْنَبِي: طَلِّقْهَا عَلَى صَداقِها، أَوْ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ صَدَاقِها، أَوْ أَنَا ضَامِنٌ لَهَا فَطَلَّقَهَا يَقَعُ بائِناً وَعَلَيْهِ مَهْرُ المثلِ؛ لأَنَّهُ التزمَ المالَ بشرطِ الضَّمانِ، أَمَا إِذَا اخْتَلَعَهَا الأَجْنَبِيُّ بِإِذْنِها بأَن قَالَتْ: سَلْ زَوْجِي يُطَلِّقْنِي عَلَى ألف [درهم][1]، سواءٌ قَالَت: عَلَيَّ أَوَ لَمْ تَقُلْ: عَلَيَّ، فَيَكُون الأَجْنَبِيُّ وَكِيلاً من جِهتِهَا، فَإِذا اخْتَلَعَهَا عَلَى ألفٍ يلزمُها المال، ثُمَّ الوَكِيلُ إِذا أَضافَ إِلَيْهَا رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا بِالمَالِ، وَإِنْ لَمْ يضف فيرجعُ عَلَى الْوَكِيل، ثُمَّ الْوَكِيل يرجعُ عَلَيْها.

وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِيٌّ لِلْمَرْأَة: سَلِي زَوْجَكِ يُطَلِّقْكِ عَلَى أَلفٍ، نَظر إِنْ لَمْ يَقُل: عَلَيَّ فَاخْتَلعت نَفْسَهَا عَلَى أَلف [يَلْزَمُها المال، وَلا يَجِبْ عَلَى الأَجْنَبِيِّ شَيْء.

وَإِنْ قَالَ: سَلِي زَوْجَكِ يُطَلِّقْكِ عَلَى أَلْفٍ عَلَيَّ، فَاخْتَلَعت نَفْسَهَا عَلَى ألفٍ][2] عَلَى الأَجْنَبِيِّ، أَوْ عَلَى أَلْفُ مُطْلِقاً، وَنَوَتْ عَلَيْهِ يَجِبُ المالُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ.

وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِيٌّ لأَجْنَبِيٍّ: سَلْ فُلاناً أَنْ يُطَلِّقَ زَوْجَتَهُ عَلَى ألفٍ فَفعَلَ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ لِلْمَرْأَةِ: إِنْ قال الموكّل: عَلَى ألف عَلَيَّ رَجَعَ الوكيلُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: عَلَيَّ لا يَرْجع.

فَصْلٌ فِيمَنْ يَصِحُّ[3] مِنْهُ الخُلْعُ وَالاخْتِلاعِ

لا يَصِحُّ الْخُلْعُ مِنَ الصَّبِيِّ والْمَجْنُونِ، كَمَا لا يَصِحَ مِنْهَا البيع والشِّرَاءُ.

وَلَوْ خَالَعَ العَبْدُ أَوْ المحجورُ عَلَيْهِ بِالسَّفَهِ امْرَأَتَهُ يَصِحُّ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَى وَالْوَلِي وَإِنْ كَانَ عَلَى أَقَل مِنْ مَهْرِ المِثلِ؛ لأَنَّهُمَا يملكان الطَّلاقَ مَجَاناً فَعَلَى مَالٍ قَلِيلٍ أَوْلَىٰ.

ثُمَّ المَرْأَةَ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَدْفعَ المَالَ إِلَى العَبْد، أَوْ إِلَى السَّفِيهِ، وَإِنْ كَانَ الخلعُ وَقَعَ عَلَى عَيْن مال فيأخذها الوليُّ وَالمَوْلَى [مِنَ الْعَبْد وَالسَّفِيه][4] وَإِنْ كَانَتْ قَائِمة، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً رُجِعَ عَلَى الْمَرْأَةِ بِمَهْرِ المثل في قول. وَفِي الثاني بقيمة الْعَيْنِ؛ إِذ لا فَرْقَ بَيْنَ الاسْتِحْقاقِ وَبَيْنَ التَّلَفِ قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَى المستحقِّ.

وَإِنْ كَانَ الْخُلْعُ عَلَى بَدَلٍ فِي الذِّمَّةِ، فَدَفَعت إِلَى الْعَبْدِ وَالسَّفِيهِ، فَلِلْوَلي وَالمَوْلَى الرجوعُ عَلَى الْمَرْأَةِ بالمسمَّى، وَالمَرْأَةُ تَسْتَردُّ مِنَ الْعبدِ وَالسَّفِيهِ مَا دَفَعَتْ إِلَيْهِمَا إِنْ كَان قَائِماً، وَإِنْ كَانَ هَالِكاً فِي أَيْدِيهِمَا رَجَعَتْ عَلَى العَبْدِ بَعْدَ العتق، وَلا رُجُوع لَهَا عَلَى السَّفِيهِ بِحالٍ؛ لأَنَّها ضَيَّعَتْ حَظَّ نَفْسَها بِالدَّفْع عَلَيْهِ؛ كَالعَبْدِ إِذَا اشْتَرَىٰ شَيْئاً بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ. كَانَ حَقُّ البَائِع فِي ذِمَتِهِ حَتَّى يَعتق، وَالسَّفِيه إِذا اشْتَرَى فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لا شَيْءَ عَلَيْهِ

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: يقع.
(٤) في د: من العبد والسفيه.

بحال، لأن الحجرَ عَلَى العبدِ بحق السيّد، فَإذا زال حَقُّ السيد بالعتق ضمن مَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بِالْمُعَامَلَةِ، وَالحجر على السَّفِيهِ لحقِّ نَفسهُ، فإذا لَمْ يضمنه في الحال لا يَضْمَنْهُ فِي ثَانِي الحالِ. وَالمُكَاتِبَ إِذَا خَالَعَ زَوْجَتَهُ عَلَى مَالٍ ـ وَإِنْ قَلَّ ـ جَازَ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ المولى، وَتعطى المَرْأَةُ بَدَل الْخُلْعِ إِلَيْهِ؛ لأنَّ لَهُ مِلْكاً.

وَلا يَصحُّ اخْتِلاعُ السَّفِيهةِ، فَإذا خَالَعَ الرَّجلُ امْرَأَتَهُ المَحْجُورَ عَلَيْهَا بِالسَّفْهِ؛ فَقَالَ: طَلَّقْتُكِ أَوْ خَالَعْتُكِ عَلَى ألف فَقبلت يَصحُّ الطَّلاقَ رَجْعِيّاً، سواء اخْتَلَعَتْ بِإذنِ الوَلِيِّ، أَوْ بِغَيرِ إذْنِهِ، وَلا يَلْزمها المالُ؛ لأَنَّهَا لَيَستْ مِنْ أَهْلِ التِزَامِ المَالِ وإِنْ لَمْ يقبل لا يَقَعُ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقْتُكِ عَلَى ألفٍ إنْ شِئْتِ، فما لَمْ تَشَأْ فِي المجلسَ لا يقع؛ لأَنَّهُ لَمْ يَنجز طلاقها، إِنَّما عَلَّقَهُ عَلَى مَعْنَى فَوَجَدَ مِنْهَا كَمَا لَوْ عَلّق طَلاقها بصفة لا يقع قَبْلَ وُجُودها، فَإِنْ شَاءَتْ فِي المجلس وَقَعَ الطَّلاق رَجعيّاً، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَت المحجورُ عَلَيْهَا ابتداءً. طَلِّقْنِي عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُ يَقَعُ رَجْعِيّاً.

وَلَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ امْرَأَتَانِ مَحْجُورٌ عَلَيْهِما، فَقَالَ لَهُمَا الزَّوْجُ: طَلَّقْتُكُمَا عَلَى أَلفٍ فَقَبلَتَا فِي المَجْلِسِ، أَوْ قَالَ الزَّوج: أَنْتُمَا طَالِقَانِ عَلَى أَلف إِنْ شِئْتُما، فَشَاءَتَا فِي المجلسَ وَقَعَ الطَّلاقُ عَلَيْهِمَا رَجعِيّاً. فَإِنْ قَبِلَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخرَى، أَوْ شَاءَتْ إِحْدَاهُمَا فِي التَّعْلِيقِ بِالمَشِيئَةِ لا يَقَعُ شَيْءٌ.

فَلَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مَحْجُوراً عَلَيْها، فَقبِلَتَا أَوْ شَاءَتا ـ وَقَعَ الطَّلاقُ عَلَى الْمَحْجُور عَلَيْهَا رَجْعِيّاً، وَعَلَى الأُخْرَى بَائِناً وَعَلَيْهَا مهرُ مثلها عَلَى الْقَوْلِ الأَصَحِّ.

وَإِنْ قَبِلَتْ إِحْدَاهُما أَوْ شَاءَتْ لا يَقَعُ شَيْءٌ.

وَلَوْ قَالَتَا: ابتداءً: طَلِّقْنا عَلَى ألفٍ فَطَلَّقَهُمَا ـ يَقَعُ عَلَى الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا رَجْعِيّاً، وَعَلَى الأُخرَى بَائِناً.

وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا يَقَعُ ثم إِنْ طَلَّقَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا يَقَعُ رَجْعِيّاً، وَإِنْ طَلَّقَ الأُخْرَى يَقَعُ بَائِناً، وعَلَيْهَا مهرُ مِثْلها عَلَى الأصحِّ.

وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ الصَّبِيَّةِ المُرَاهِقَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ أَو قَالَ: عَلَيَّ أَلف إِنْ شِئْتِ، فَلَمْ تَشَأْ ـ لا يَقَعُ شَيء، وَإِنْ شَاءَتْ فَوَجْهان.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، فَإِنْ لَمْ تَقبلْ لا يَقَعُ شَيْءٌ وَإِنْ قَبِلَتْ فَوَجهان:

أصحهُّما: يَقَعُ طُلقةٌ رَجْعِيَّةٌ؛ كَمَا فِي حَقِّ الْمَحْجُورِ عَلَيْها.

وَالثاني: لا يَقَعُ شَيْءٌ، لأَنَّهُ حَكَمَ لمثبتها؛ كَمَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ لِصَبِيَّتِهِ لا تَعْقِلُ أَوْ الْمَجْنُونَةِ فَقَالَتْ: شِئْتُ لا يقع.

وَلَوْ اخْتَلَعَتِ الأَمَةُ نَفْسَهَا مِنْ زَوْجِهَا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ سواء كَانَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى أَوْ دُونَ إِذْنِهِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ دُونَ إِذْنِ الْمَوْلَىٰ، فَمَهْر المِثل فِي ذِمَّتِهَا حَتَّى تَعْتِقَ؛ كَالْعَبْد إِذَا نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى، وَوَطِىءَ يَتَعَلَّقُ مَهْرُ المثلِ بِذِمَّتِهِ، وَإِنْ اخْتَلَعَتْ بِإِذْنِ المولىٰ نَظَر إِنْ أَطْلَقَ الإِذْنَ فَبَدَلُ الخلع يَتعلّق بِكَسْبها، إِنْ كَانَ قَدْرَ مَهْر مِثْلِهَا أَوْ أَقل، وَإِنْ كَانَ أَكْثر فَالزِيَادَةُ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ تَتَعَلَّق بذمتها وَقَدر مَهْرَ المثل يتعلق بِكَسْبِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْب يَتَعَلَّق بِذِمَّتِها حَتَّى تَعْتق وَإِنْ كَانَتْ مَأْذونَةً فِي التجارة، فَيَتَعلَّق بِمَا فِي يَدِها - كَمَا ذَكَرْنا فِي صَدَاقِ النِّكَاحِ وَإِنْ بَيَّنَ السَّيِّدُ مَالا نَظَر إِنْ دَفَعَ إِلَيْها عيناً لتختلع نَفْسَها عَلَيْها فَفَعَلَتْ - مَلَكَهَا الزَّوْجُ، وَإِنْ لَمْ تَدْفَعْ، بَلْ قَالَتْ: اخْتَلِعِي نَفْسَكِ عَلَى ألف، ففعلت - يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِها.

وَإِنْ اخْتَلَعَتْ بِأَكْثر مِنها تَعَلَّقَ الفضلُ بِذِمَّتِهَا.

وَإِنْ قَالَ: اخْتَلِعِي نَفْسَكِ بِمَا شِئْتِ، فَاخْتَلَعَتْ نَفْسَهَا بِأَكْثَرِ مِنَ المِثْلِ، تَعَلَّقَ الكُلُّ بِكَسْبِهَا.

أَمَّا المُكَاتَبَةِ إِذَا اخْتَلَعَتْ نَفْسَها؛ نَظَر إِنْ اختلعت بِغَيْرِ إِذْنِ [الْمَوْلَى][1] أَو بِإِذْنِهِ، وَقُلْنَا: تَبَرّع المكاتبة بِإِذْنِ الْمَوْلَى لا يَنْفذُ؛ فَهِيَ كَالأَمَةِ [لا يَتَعَلَّق][2] مَهْرُ المثلِ بِذِمَّتِهَا تُؤَدِّيهِ بَعْدَ الْعتق.

وَإِنْ اخْتَلَعَت بِإِذْنِهِ، وَقُلْنَا: تبرعه بِإِذْنِ الْمَوْلَى ينفذ، وَيَكُونُ فِي كَسْبِهَا، إِنْ اخْتَلَعَتْ عَلَى مَالٍ فِي الذِّمَّةِ وَإِن اخْتَلَعَتْ عَلَى عَيْنٍ فِي الذِّمة مَلَكها الزَّوْجُ.

وَإِذَا ارتدَ الزَّوْجَانِ أَوْ أَحدُهما بَعْدَ الدُّخُولِ، فَخَالَعَهَا الزَّوْجُ فِي العِدَّة يَكُون مَوْقُوفاً، فَإِنْ جَمَعها الإسلامُ فِي الْعِدَةِ بَانَ أَنَّ الخَلْعَ كَانَ صَحِيحاً بالمسمَّى.

وَإِنْ لَمْ يجمعهما الإِسْلامُ [فِي الْعِدَّةِ][3] بَانَ أَنَّ الْخُلْعَ كَانَ فَاسِداً. وَلَوْ خَالَعَ المَرِيضُ زَوْجَتَهُ يَصِّح، وَإِنْ كَانَ بِدُونَ مَهْر المثل؛ لأَنَّهُ لَوْ طَلَّقَهَا مَجَاناً يقع؛ لأَنَّهُ لا يَتَوَهَمُ بَقَاء مَنْفَعَةِ الْبُضع لِلْوَارِثِ لَوْ تَعَجَّل الموتَ؛ كَمَا لَوْ أَعْتَقَ أُمَّ وَلَدِهِ فِي مَرَضِهِ لا يُعْتَبَر عِتْقُها مِنَّ الثُّلث.
وَلَوْ اخْتَلَعَتْ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهَا - صَحَّ الخلع، ثُمَّ إِنْ اخْتَلَعَتْ بِمَهْر مثلها أَوْ أَقَلَ فَلا يُعتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ اخْتَلَعَتْ بِأَكْثرِ منه فَتِلْكَ الزيادةُ وصيةٌ لِلزَّوْجِ تُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلث، وَلا يَكُونَ كَالْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ؛ لأَنَّ الزَّوْجَ بِالْخُلْع يخرجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ وَارِثاً، وهذا بخلاف المكاتبة حيث جَعَلْنا بدل الخُلْعِ مِنْ حَقِّها كَالتَبرُّعِ وَإِنْ كَانَ قَلِيلاً، وَهٰهُنا [لَمْ نُجعل][4] قدر مهر المِثْل فِي حَقِّ المريضة كالتبَرع؛ لأَنَّ بَابَ التَّصرُّف عَلَى المَرِيض أَوْسعُ مِنْهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ؛ لأَنَّ لَهُ

(١) في د: السيد.
(٢) في د: يتعلق.
(٣) في د: حتى انقضت عدتها.
(٤) سقط في د.

ملكاً حَقِيقِياً؛ بِدَليل أَنَّهُ يصرف مَاله إِلَى مَا يَشْتَهِي، وَيَتَزَوَّجُ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ، وَتَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ المُوسَرِين، وَالْمَكاتَبُ لا يَزِيدُ عَلَى قَدْرِ الحَاجَة، ونفقته نفقةُ المُعْسرين، فجعل بدل المال فِي حَقِّ الْمَكاتبَةِ كَالتبرّع وَإِنْ كَانَ قَلِيلاً. وَإِذا اخْتَلَعَتِ المَرِيضَةُ نَفْسَها عَلَى عَبْدٍ قيمته مائة، ومهر مثلها خَمْسُونَ صَحَّ الخُلْعُ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا دَيْنٌ وَخَرَجَتْ الْمُحَابَاةُ مِنَ الثُّلُثِ كَانَ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلزَّوْجِ.

وَإِنْ لَمْ يَخْرج مِنَ الثُّلث نَظَر إِنْ كَانَ عَلَيْهَا دَيْنٌ يستغرق قيمةَ الْعَبْدِ - فَلا تَصِحُّ الْمُحَابَاةُ، وَلِلزَّوْج نِصْفُ العَبْدِ، وَهُوَ قدر مَهْرِ مِثْلها، وَهُوَ بِالخيارِ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ نِصْفَ العبدِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْمُسَمَّى، لأن العقد[1] قَدْ شقص عَلَيْهِ، وَيُضارب الغرماء بِمَهْرِ المثل.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا دَيْنٌ وَلَكِنَّها أَوْصَتْ بِوَصَايَا - فَهُوَ بِالخيارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ العبدِ، وَضَارَبَ أَهلَ الْوَصَايَا فِي النِّصْفَ الثاني، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ وَأَخذَ مَهْرَ المثلِ مقدماً عَلَى الْوَصَايَا، وَلا حَقَّ لَهُ فِي الْوَصِيةِ، لأنَّهُ وَصِيةٌ لَهُ مِن نِكَاحٍ ضمن الْمُعَاوَضَةَ، فَإذَا رَدَّ الْمُعَاوَضَةَ بَطَلَ حَقُّهُ مِنَ الْوَصِيةِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا دَيْنٌ وَلا وَصِيَّةٌ، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا سِوَى ذَلِكَ الْعَبْدِ - وَالزَّوْجُ بِالْخِيَارِ لأَجْلِ التَّشْقِيص: إِنْ شَاءَ أَخذ ثُلُثَي العبدِ، لأَنَّ نصفه مَهْرُ مثلها، وثلث الباقي وَصِيَّةٌ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ وَأَخذَ مَهْرَ مِثْلَها خَمِسين.

فَصْلٌ فِي التَّوْكِيلِ

التَّوْكِيلُ بِالْخُلْعِ جَائزٌ مِنَ الجَانِبَيْنِ جَمِيعاً، لأَنَّهُ مُعَارضَةٌ كَالبَيْع وَلَوْ وَكَلَ رَجُلاً وَاحِداً فَلا يَتَوَلَّى الوكيلُ طَرَفَي العقد، بَلْ يَتَوَلَّى عن أَحدهمَـا، وَيَتولَّى غيرهُ عَنْ الآخِرِ، ثُمَّ الزَّوْج إِنْ وَكَّلَ عَبْداً أَوْ سَفِيهاً يَجُوزُ، وَلا يَشْتَرِطُ إِذْنُ الْوَلِيِّ وَالْمَوْلَى؛ لأنَّه لا يَتَعلَّق بِالْوَكِيلِ عَهْدة فِي الْخُلْعِ وَلَوْ وَكَّل مُسْلِمٌ ذِمِياً يَجُوزُ، لأنَّ الذِّمِّيَّ قَدْ يُخَالِع المسلمةَ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَسْلَمَتْ، وَتَخَلَّفَ الزوجُ مُخَالَعَتَها فِي الْعِدَّةِ، ثُمَّ جَمَعهُمَا الإسْلامُ فِي الْعِدَّةِ كَانَ الخلعُ صَحِيحاً.

وَلَوْ وَكَّلَ امْرَأَةً جَازَ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَهَا بِتَطْلِيقِ زَوْجَتِهِ عَلَى أَصَحِّ الوجهين؛ كَمَا لَوْ فَوَّضَ الزَّوْجُ إِلَيْهَا تَطْلِيقَ نَفْسِهَا.

وَلَوْ وَكَلَتْ الْمَرْأَةُ بِالاخْتِلاع رَجُلاً، أَوْ امْرَأَةً أَوْ ذمياً - يَجُوزُ قَالَ الشيخ: وَإِنْ وَكَّلَتْ عَبْداً أَوْ أُمَةً يَجُوزُ، ثُمَّ إِنْ كَانَ التَّوْكِيلُ بِإِذْنِ الْمَوْلَى [قَالَ الشيخ][2] فَإِنْ أَضَافَ الْبَدَلَ إِلَيْهَا رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ يضفه يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ، ثُمَّ إِذا أَدَّى رَجَعَ السَّيد عَلَيْها، وَإِنْ وَكَّلَتْ

---

(١) في أ: العبد.

(٢) سقط في د.

دُونَ إِذْنِ الْمَوْلَى، نَظَرَ إِنْ وَكَّلَتْ بالاخْتِلاعِ عَلَى عَيْنٍ لَهَا مَلَكَهَا الزَّوْج، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَالٍ فِي الذِّمَّةِ نَظَر إِنْ أَضَافَ إِلَيْهَا رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا، وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْعَبْد.

وَإِنْ لَمْ يضف إِلَيْهَا رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَى الوَكِيلِ بَعْدَ الْعِتْقِ، ثُمَّ هُوَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا إِنْ نَوَى الرُّجُوعَ قَالَ رَحِمَهُ اللهُ: وإن وَكَّلَتْ سَفِيهًا، لم يجز، وإِنْ أَذِنَ الوليُّ فإن فَعَلَتْ واخْتَلَعَهَا السَّفيه ـ وَقَعَ الطَّلاقُ رَجْعِيّاً، ثُمَّ الوَكِيلُ بِالْخُلْعِ لا يخلوَّ إِمَّا إن كَانَ مِنْ جهة الزَّوْج أَوْ مِنْ جِهَةِ المَرْأَةِ.

فَإِنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ نَظَر إِنْ قدر مالاً فَقَالَ: خَالِعها عَلَى ألف دِرْهَمٍ، فَخَالَعَها الوكيلُ عَلَى ألفٍ وَأَكْثَر صَحَّ الْخُلْعُ، وَلَزِمَها المسمَّى.

وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى أقل مَا سَمَّى، أَوْ عَلى غَيْرِ جِنْسِ مَا سَمَّى، أَوْ ذَكَرَ فِيمَا سَمَّى أَجَلاً لا يَقَعُ الطَّلاقُ؛ كَمَا لَوَ وَكَّل وَكِيلاً بِبَيع شيءٍ بألفٍ فَبَاعَهُ بِأَقَل، أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِ مَا سَمَّى لا يصحُّ البَيْعُ.

فَإِنْ أَطْلَقَ التَّوْكِيلَ، وَلَمْ يَقْدِر مالاً فَخَالَعهَا الوكيلُ عَلَى قدر مَهْرِ المثل، أَوْ أَكْثر مِنْ جِنْسِ نَقْدِ البلد حَالاً يَصُح، يَلْزمها الْمُسَمَّى.

وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى غَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، أَوْ عَلَى أَقَلِ مِنْ مَهْرِ المثلِ أَوْ مُؤَجَّلاً ففيه قولان:

أصحهما: لا يَقَعُ الطَّلاقُ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ بِالبيع، فباع الوكيلُ بأقلِ مِنْ ثمن الْمِثْلِ، أَوْ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ أَوْ نَسِيئَةً لا يصح، وَكَما لَوْ قَدَّرَ مالاً فَنَقَص منه.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: يَقَعُ، وَيَجِبُ عَلَيْها مَهْرُ المِثْلِ؛ كَمَا فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ إِذَا خَالَفَ وَكِيلُها لا يمنع وُقُوعَ الطلاقَ، وَيَجِبْ مهرُ المثلِ، بخلافِ ما لَوْ قَدَّر مَالاً فنقص عَنْهُ؛ لأنَّ تِلْكَ الْمُخَالَفَةَ أَفْحَشُ.

وَقِيلَ: القولُ الآخر هُو أَنَّ الزَّوْجَ بِالْخَيَارِ بَيْنَ أَنْ يقر الخلعَ عَلَى مَا عَقَدَهُ الْوَكِيلُ، وَبَيْنَ أَنْ يَرُدَّ الْعِوَضَ، وَيَكُونَ رَجْعِيّاً، فهذا مخرجٌ عَلَى قَوْلِهِ الْقَدِيمِ الَّذِي يَجُوزُ وَقْف العقودِ والأَوَّلُ أَصَحُّ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ لا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ أَنْ يَنْقص عَمَّا قَدَّرَهُ الموكل، وَبَيْنَ أَنْ ينقص عَن ثَمَنِ المثلِ عِنْدَ إطْلاقِ التَّوْكِيلِ فِي أَنْ الْبَيْعَ لا يَصحُّ.

وَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ مِنْ جِهَةِ المَرْأَةِ نظر إِنْ قَدَّرَتْ مَالاً فَقَالَتْ: اخْتَلِعْنِي عَلَى كذا، فَاخْتَلَعَهَا [الوكيلُ][1] عَلَى ذَلك القدرِ، أَوْ عَلَى أَقل مِنه ـ صَحَّ، ثُمَّ إن أَضافَ الوكيلُ إِلَيْهَا فَلا شَيْءَ عَلَى الْوَكيلِ، وَيَرْجعُ الزَّوْجُ عَلَيْهَا، إلاَّ إِنْ ضَمِنَ الوَكيلُ، فَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ أَيَّهُمَا شَاءَ، وَإِنْ لَمْ يَضِفْ إِلَيها رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَى الْوَكِيلِ، ثُمَّ الْوَكِيلِ يَرْجِعُ عَلَيْهَا إِذَا أَدّى بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ، وَإِنْ اخْتَلَعَهَا الوكيلُ عَلَى أَكْثَرِ مِمَّا قَدَّرَتْهُ بأَنْ قَدَّرَتْ أَلفاً، فَاخْتَلَعَهَا عَلَى أَلْفَيْنِ ـ تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، وَخِلاف الوكيل المرأةَ لا يَمْنَعُ وُقُوعَ الطَّلاقِ.

---

(١) سقط في د.

وَعِنْدَ الْمُزَنِيِّ: خلاف وَكِيلِ المرأة يمنع وقوع الطلاق كخلاف وَكِيلِ الزَّوْجِ. قلنا: وَكِيلُ الزَّوْجِ إذا خَالَفَ إنَّما لا يَقَعِ الطَّلاقُ؛ لأن المالكَ لِلطَّلاقِ هُوَ الزَّوج، فَلا ينفذ مِن نائبه عَلى خلاف ما أذن فِيه، وَالمرأةُ غَيْرُ مَالكةٍ لِلطَّلاقِ، إنَّما إلَيْها بَذْلُ المال، فَلا يمكن رَدُّ البينونة، بخلاف وكيلها ومالكها فإنه قد أوقعها بمهر المثل، ثُمَّ الوكيلُ إن أَضَافَ المالَ إِلَيْهَا، فَلا شيء على الوكيل لأنَّهُ خَرَجَ عَنْ الْعُهْدَةِ بِالإضافَةِ، وَيَرجعُ الزوجُ عَلَى المَرأةِ بمهر المثلِ عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، سواءً كَانَ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّت لَهُ أَوْ أَكْثر، لأن بدل الخلع إذا فَسَدَ يوجبُ مَهْرَ المِثْلِ. وَفِيه قَوْلٌ آخَر: أَنَّ عَلَى المَرْأَةِ أَكْثَرَ الأَمْرَيْنِ، إما الألف التي سَمَتْ، أَوْ مَهرُ المثل، إلاَّ أَن يَزِيدَ مَهْرُ المثلِ عَلَى الألفيْنِ؛ فَلا تَجِبْ تِلْكِ الزيادةُ، كَمَا لَوْ كَانَ أقل مِنَ الألف لا ينقصُ عَن الألفِ؛ لأنَّها رَضِيَتْ.

وَإِنْ أضاف [الوكيل][1] إِلَيْهَا مَا سَمَّى، وَقَالَ: عَلَى أَنّي ضَامِنٌ، فَعَلَيْهِ جَمِيعُ المُسَمَّى وَلا يرجعُ عَلَيها إلاَّ بِما تَمَّتْ وكذلك لو لَم يضف الوكيلُ إليها فعليه جَمِيعُ مَا سَمَّى وَإِنْ لَمْ يَضمَنْ، فَلا يرجعُ عليها إلا بِمَا سَمَّتْ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَالَعَهَا الوَكِيلُ فَاخْتَلَعَهَا عَلَى غَيْر جِنْسِ مَا سَمَّتْ تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، حَتَّى لَوْ أَمَرَتْهُ أَنْ يَخْتَلِعَهَا عَلَى ثَوْبٍ دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ[2] فَاخْتَلَعَهَا الوكيلُ عَلَى أَلْفٍ، وَلَم يَضف إِلَيْها، أَوْ أَضاف فَقَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ مَالِها، وَأَنَا ضَامِنٌ - يجب عَلَيْهِ الألفُ، وَلا يَرْجعُ عَلَيْهِ إلاَّ بِقِيمَةِ الثَّوْبِ. وَإِنْ اخْتَلَعَهَا عَلَى أَلْفٍ، وَأَضاف إليها، وَلَمْ يَقل: أَنَا ضَامِنٌ - رَجع الزوجُ، عَلَيها بِمَهْرِ المِثْلِ عَلَى الأَصَحِّ.

وَعَلَى الثَّانِي بالأكثر مِنْ مَهْر المثل، أَوْ قِيمَةِ الثَّوْبِ.

وَلَوْ اخْتَلَعَهَا عَلَى ذَلِكَ الثَّوْبِ وثوب مَنْ عِنْدَهُ - صَحَّ، وَلا يرجعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ.

وَأَمَّا إِذَا أطلقت المَرْأَةُ التَّوْكِيلَ، نَظر إنْ اخْتَلَعَهَا الوكيلُ عَلَى مَهْرَ المثل، أَوْ أَقَل مِنْ جِنْسِ نَقْدِ البلدَ صَحَّ، وَلَزِمَ المسمَّى حالاً كَانَ أَوْ مُؤَجَّلاً، لأن فِي الأجَل نفعاً لَهَا، ثُمَّ إِنْ أضافَ إِلَيْهَا رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْها، وَإذا لَمْ يضفْ رَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ، ثُمَّ الوكيلَ يرجعُ عليها.

وَإِنْ اخْتَلَعَهَا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ المثلِ، أَوْ بِغَيْرِ نَقْدِ البلدِ، أَوْ عَلَى مَتَاعٍ، تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَضِفْ إِلَيْهَا أَخَذ الزَّوْجُ مِنَ الوَكِيلِ مَا سَمَّى، وَهُوَ يرجعُ عَلَيْهَا بِمَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهَا فَلاَ شَيْءَ عَلَى الْوَكِيلِ، وَعَلَى الْمَرأةِ فَهُوَ المِثْلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ اخْتَلَعَهَا الوَكِيلُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خَنْزِير وَقَعَتْ الْبَيْنُونَةُ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثْل، سواء أَطْلَقَتْ الإذن أَوْ نَصَّتْ عَلَى الخَمْر.

فَصْلٌ فِي الاخْتِلافِ

إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي أَصْلِ الْخُلْع، فَقَالَت المرأةُ: خَالَعَتْنِي وَأَنْكَرَ الزوجُ - فَالقولُ قَوْلُهُ مَعَ يمينه، لأن الأصلَ بقاءُ الخلع والنكاح.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

وَلَوْ اتفقَا عَلَى الخُلْعِ وَاختَلَفا فِي بَدَلِ [الْخُلْع](١) إمَّا فِي قَدْرِهِ، أَوْ جِنْسِهِ، أَوْ وَصْفِهِ، أَوْ قَالَ أَحَدهُمَا: كَانَ الخَلعُ عَلَى عَيْنٍ، وَقَالَ الآخر: كَانَ على مالٍ في الذِّمَّة، أو قال الرَّجُلُ: كان حالاً، وَقَالَتِ المَرْأَةُ: كَانَ مُؤَجَّلاً؛ فَإِنَّهُمَا يَتَحالَفَانِ، وَإِذَا تَحالَفَا لا تردُّ البينونةُ، ويَجِبْ عَلَيْهَا مهرُ الْمِثْلِ كالمُتَبَايِعَيْنَ إذَا اخْتلَفَا فتَحَالَفَا.

وَكَذَلِكَ لَوْ اختَلَفَا فِي المنصوص بأَنْ خَالعَهَا عَلَى أَلْفٍ مُطْلَقاً، ثُمَّ قَالَ الزَّوْج: عَنَيْنَا الدَّنَانِيرَ، وَقَالت الْمَرأَة: عَنَيْنَا الدَّرَاهِمَ، أَوْ قَالَتْ: لا أَعْلَمُ مَا أَرَدْت يَتَحالَفَانِ.

وَكَذِلِكَ إِذَا كَان الخلعُ مَعَ الأَجْنَبِيِّ فاختلف الزوجُ مَعَ الأَجنبيِّ يَتَحالَفَانِ، وَيَجِبْ عَلَى الأَجْنَبِيِّ مَهْرُ المِثْلِ.

ولَوْ قَالَ الزوجُ: عَنَيْتُ الدَّرَاهِمَ وَأَنْتِ عَنَيْتِ الفلوسَ، فَلَم يَقَعَ الطَّلَاقُ ـ نُظِرَ إنْ كَذَّبَتْهُ وَقَالَتْ: عَنَيْتَ الدَّرَاهِمَ أيضاً ـ لَمْ يَقْبل قَوْلَ الرَّجلَ، لاتِّفَاقِهِمَا عَلَى صُورَةِ الْخُلْعِ، وَعَلَى الْمَرْأَةِ مَهْرُ المثلِ، للاتفاقِ عَلَى وُقُوعِ الْبَيْنُونَةِ.

فَإِنْ صدقه يحكمِ فِي الظَّاهِرِ بوقوعِ الْفُرْقَةِ، وَعَلَيْهَا مهرُ المِثْلِ، وَلا يَقَع فِي الْبَاطِنِ إنْ كَانَ صَادِقاً.

وَلَوْ اختَلَفا فِي أَصْلِ الْبَدَلِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُكِ عَلَى ألف، فقَالَ: بَلْ طَلَّقْتَنِي مَجاناً ـ فَالْبَيْنُونَةُ وَاقِعَةٌ عَلَى قَوْلِ الزَّوْجِ، وَالْقَولُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِها فِي أَلاّ يَلْزَمَهَا الْمَالُ.

فَإِذَا حَلَفَتْ لا شَيْءَ عَلَيْهَا، وَلا يَقْبل قَوْلَهُ فِي سُقُوطِ نَفَقَتِها وَسُكْنَاهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكُ بِعَوضٍ، سأَلتَنِي فِي المَجْلِس فَقَالت: طَلقتني بعد مُضِيِّ زَمَانِ الخيارِ بَانتِ بإِقْرَارِهِ، وَالْقَوْلِ قَوْلها فِي المالِ؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهَا.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ الزَّوْجُ: خَالَعْتُكِ مَعَك، وَقَالَتْ: بَلْ مَعْ أَجْنَبِيٍّ فَلا يَلْزمنِي المَالَ، إِنَّما المَالُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ ـ فَالْبَيْنُونَةَ وَاقِعَةٌ، وَالقَوْلُ قَوْلُها مَعَ يَمِينِها فِي نَفْيِ المَال عنها، وَلا شَيْءَ [لِلرَّجل](٢) عَلَى الأَجْنَبِيِّ، لأَنَّهُ مُقِرٌّ أن الخلْعَ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ.

وَلَوْ اتفقَا عَلَى أَنَّ القَبُولِ كَانَ مِنْهَا، وَلكِنَّها قَالَتْ: أَمَرنِي فُلانٌ بالاختلاعِ عَلَى ألف عَلَيْهِ وَقُلْتُ: طَلِّقنِي عَلَى ألفِ عَلى فُلانِ فطَلَّقْتَنِي عَلَيْهِ، وَقَالَ الزَّوج: اخْتَلَعْتِ مِنْ قَبْلِ نَفْسِكِ ـ يتَحالفان وَعَليها مَهْرُ المثلِ؛ لأَنَّهُمَا تَقَارًا عَلَى أَنَّ العقدَ جَرَىٰ بَيْنَهُمَا.

وَلَوْ قَالَتْ: طلقني ثلاثاً بألف، وَقَالَ الرَّجلُ: بَلْ وَاحِدَةٌ ـ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّجُلِ فِي الطَّلاقِ وَيَتحالَفَانِ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المثل، لأنهما اخْتَلَفَا فِيمَا يُقَابِلُ البدلَ مِنَ المبدلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ الزَّوْجَ: طَلَّقْتُكِ وَحْدَكِ عَلَى ألفِ، وَقَالَتْ: بَلْ طَلَّقْتَنِي وَضرَّتِي ـ يَتَحَالَفَانِ وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثْل.

---

(١) في د: العوض.

(٢) سقط في د.

وَإِنْ قَالَتْ: سَأَلْتُكَ ثَلاث طَلْقَاتٍ بألف، فَطَلَّقْتَنِي وَاحدةً ـ فلك ثلث الألف، وَقَالَ الزوجُ: بَلْ سَأَلْتِ وَاحِدَةً ـ تحالفا، وَلَوْ قَالَ الزَّوْج: لا، بَلْ طَلَّقْتُكِ ثَلاثاً فَالثلاث واقعة بزعمه، ويتحالفان في الْبَدَلِ، وَعَلَيْها مهرُ المِثْلِ.

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى مَالٍ، ثُمَّ اخْتَلَفا، فَقَالَ الزَّوْج: كُنْتِ مُكْرَهَةً فَلِيَ الرَّجْعَةُ، وَأَنْكَرَتْ الْمَرْأَة الإِكراه ـ لا يُقبل قَوْلُهُ [فِي الظَّاهِر][1]، وَعَلَيْهِ رَدُّ المَال.

وَإِنْ ادّعَتِ المرأةُ الإكراهَ وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ ـ فَالقَوْلُ قَولُه مَعَ يَمِينِهِ، وَعَلَيْهَا الْمَالُ، فَلَوْ قَامَتْ بيِّنَةٌ عَلَى الإِكْرَاهِ عَلَيْهِ رَدُّ المالِ وَلا رَجْعَةَ لَهُ لإِقْرَارِهِ بوقوع الْبَيْنُونَةَ، فَإِنْ لَمْ يوجد مِنْهُ الإِنكارُ صَرِيحاً، بَلْ سَكَتَ وَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَإِنْ كَانَ الإِنْكَارُ مِنْ جهةِ وَكِيلِهِ، فَأُقِيمَتِ البيِّنَةُ عَلَيْهِ ـ رَدَّ المَال، وَلَهُ الرَّجْعَةُ وَالله أَعْلَمُ بِالصواب.

تم الجزء الخامس، ويليه الجزء السادس

وأوله: «كتاب الطلاق»

---

(١) سقط في د.

الفهـرس

كتاب الفرائض

كتاب الوصايا

كتاب الوديعة

كتاب قسم الفيء

كتاب قسم الصدقات

كتاب النكاح

كتاب الصَّداق

كتاب الخلع



